

Quaderni
DB

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI
DI CRISI DEGLI INTERMEDIARI
FINANZIARI**

**IL QUADRO D'INSIEME E LE MISURE PREPARATORIE.
IN PARTICOLARE: IL SOSTEGNO FINANZIARIO DI GRUPPO**

SIDO BONFATTI



2 **SETTEMBRE** **20**
20

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI”
DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI**

SOMMARIO*

I - LA STRUTTURA DELLA DISCIPLINA DELLE CRISI DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

1. Premessa. Perimetro dell’indagine ed individuazione delle fonti normative principali	1
1.1. La distinzione delle “Sim Speciali” e delle “Sim equiparate” rispetto agli altri intermediari finanziari non bancari	4
1.2. La struttura della disciplina della crisi degli intermediari finanziari non bancari.....	7
2. I limiti di applicabilità della disciplina delle “crisi” espressa dalle disposizioni di “diritto concorsuale non bancario”	8
3. Applicabilità delle disposizioni sui “Piani Attestati di Risanamento”	9
4. Applicabilità delle disposizioni sugli “Accordi di Ristrutturazione”. Il quadro degli orientamenti giurisprudenziali attuali.	11
5. <i>Segue</i> . Prospettive di riforma e necessario ripensamento delle recenti soluzioni giurisprudenziali	15
6. Inapplicabilità della procedura di Concordato preventivo e delle procedure di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese; delle imprese di rilevanti dimensioni; delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali	22
7. La situazione particolare della Società di Gestione del Risparmio (SGR)	22
8. I Presupposti generali della applicazione della disciplina (speciale bancaria) delle situazioni di “crisi” degli intermediari finanziari e la tipologia di interventi ipotizzabili	23

II – LE “MISURE PREPARATORIE”

9. La disciplina delle “Misure Preparatorie” (per le Sim “speciali”): il rinvio alle “definizioni” contenute nel Testo Unico Bancario	25
9.1. La nozione di “alta dirigenza”	25
9.2. La nozione di “autorità di risoluzione a livello di gruppo”	26
9.3. La definizione di “depositi”	27
9.4. La nozione di “depositi ammissibili al rimborso” e di “depositi protetti”	27
9.5. La nozione di “provvedimenti di risanamento”	30
9.6. La definizione di “risoluzione”	31
9.7. La definizione di “sistema di tutela istituzionale”	31
9.8. La definizione di “sostegno finanziario pubblico straordinario”	32
9.9. La definizione di “succursale significativa”	33
10. Il “Piano di risanamento” (individuale e di gruppo).....	33
10.1. La funzione dell’istituto	34
10.2. Presupposti soggettivi.....	34
10.3 La disciplina dell’istituto	34
11. Il sostegno finanziario di gruppo	35

* *Il presente lavoro fa parte di un più ampio Volume di prossima pubblicazione nei “Quaderni di Giur. Comm.”*

11.1. L'origine comunitaria dell'Istituto	37
11.2. Gruppo societario di diritto comune, gruppo assicurativo e gruppo finanziario.....	38
11.3. "Piano di risanamento" di gruppo e "Accordo di sostegno finanziario" di gruppo	40
11.4. Profili essenziali della "misura preparatoria"	42
11.5. L'accordo di sostegno finanziario infragruppo come "misura di risolvibilità" della banca	43
11.6. Presupposti e contenuto dell'Accordo.....	44
11.7. "Presupposti (negativi e positivi) di intervento"	45
11.8. Predisposizione del <i>progetto</i> di Accordo di sostegno finanziario di gruppo	46
11.9. Approvazione del progetto di sostegno finanziario di gruppo da parte dell'Autorità di Vigilanza ...	47
11.10. Approvazione del progetto autorizzato da parte delle banche interessate e regime pubblicitario ...	48
11.11. Revoca dell'approvazione dell'Accordo	49
11.12. Concessione ed accettazione del sostegno finanziario infragruppo.....	50
11.13. Le condizioni preliminari per la concessione del sostegno finanziario di gruppo	51
11.14. La comunicazione della delibera di concessione del sostegno finanziario infragruppo alla Banca d'Italia e alle Autorità di Vigilanza Comunitarie	52
12. Le "agevolazioni" e gli "incentivi" alla conclusione di accordi di sostegno finanziario infragruppo ..	53
12.1. <i>Segue</i> . La deroga alla disciplina delle operazioni con i soggetti "influenti"	55
12.2. <i>Segue</i> . La deroga alla disciplina delle operazioni con "parti correlate"	56
13. Gli "incentivi" al sostegno delle società facenti parte del gruppo bancario attraverso il ricorso all'istituto dell'accordo di sostegno finanziario infragruppo	56
13.1. <i>Segue</i> . La disapplicazione della "postergazione" (e della inefficacia degli eventuali rimborsi) dei crediti da finanziamento-soci.....	58
13.2. <i>Segue</i> . La "esenzione" dalle azioni revocatorie.....	61
13.3. <i>Segue</i> . "Le esimenti" dai reati di bancarotta.....	63
14. I "Piani di risoluzione"	64
14.1. Piani di risoluzioni in forma semplificata.....	65

I - LA STRUTTURA DELLA DISCIPLINA DELLE CRISI DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

1. Premessa. Perimetro dell’indagine ed individuazione delle fonti normative principali.

La presente indagine è dedicata alla valutazione della disciplina delle situazioni di “crisi” – con specifico riguardo alle “misure preparatorie” funzionali alla loro prevenzione - degli intermediari *stricto sensu* intesi: quindi degli intermediari finanziari *non bancari*. Ciò non di meno, come si vedrà, finirà indubbiamente per coinvolgere anche la considerazione delle corrispondenti fattispecie nelle quali risultino coinvolte Aziende di credito.

Per un verso, è vero infatti che la disciplina delle situazioni di “crisi” (attuali o anche prospettiche, come si avrà modo di segnalare) degli intermediari finanziari non bancari è individuabile principalmente nel d.lgs. 24 gennaio 1998, n. 58 (“Testo Unico delle Disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria” – T.U.F. -); e, in particolare, nelle disposizioni comprese tra l’art. 51–*bis* e l’art.60–*bis*.4. Tali norme devono poi essere integrate con talune disposizioni dello stesso T.U.F. che pur disciplinando fenomeni omogenei rispetto a quelli considerati dalle norme richiamate, sono collocati altrove. Ci si riferisce, in particolare:

- (i) alle disposizioni contenute negli artt. 7 ss. T.U.F., che disciplinando i “*poteri di intervento sui soggetti abilitati*” della CONSOB e della Banca d’Italia, prendono in considerazione fattispecie di “crisi” analoghe – come si vedrà – a quelle già disciplinate dagli artt. 51-55 T.U.F., recentemente abrogati dal d. lgs. 3 agosto 2017, n. 129; e
- (ii) alle disposizioni contenute negli artt. 32-*ter* e 32-*ter*.1 T.U.F., che dettando norme funzionali a favorire la “*risoluzione stragiudiziale delle controversie*”, integrano la disciplina rivolta a predisporre una tutela speciale per gli investitori che abbiano intrattenuto rapporti con intermediari finanziari abilitati, che trova nei “*sistemi di indennizzo*” regolati dagli artt. 59 ss. T.U.F. la principale espressione.

Per un altro verso, peraltro, il *corpus* normativo sopra delineato deve essere integrato da numerose disposizioni di “diritto speciale bancario” – contenute nel d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (“Testo Unico delle leggi in materia Bancaria e Creditizia” – T.U.B. -) -, in quanto frequentemente richiamate (con specifico riguardo alla disciplina delle crisi delle imprese bancarie) dalle ricordate disposizioni del T.U.F. concernenti le situazioni di crisi degli intermediari finanziari non bancari.

Devono infine essere necessariamente considerate anche alcune disposizioni di “diritto comune concorsuale”, rivolte a disciplinare in linea di principio le situazioni di “crisi” delle imprese di diritto comune, ma suscettibili di essere applicate anche alle

corrispondenti situazioni di difficoltà delle imprese di diritto speciale aventi natura bancaria o finanziaria¹.

Dei due fenomeni segnalati da ultimo, il primo è di gran lunga il più importante, ed anzi ha una rilevanza sistematica fondamentale.

Come nel passato, infatti, la disciplina delle “crisi” – in senso lato – degli intermediari finanziari non bancari è modellata su quella dettata per le imprese bancarie.

Anche nell’attualità la considerazione della disciplina delle crisi delle banche rimane fondamentale per la definizione, e la comprensione, della corrispondente disciplina delle SIM, delle SGR, delle SICAV, eccetera.

Fanno eccezione, in linea di principio, le sole disposizioni dettate ai fini di disciplinare le situazioni di “crisi” suscettibili di coinvolgere esclusivamente “*banche*” ovvero “*gruppi bancari*” per esplicita previsione normativa. Si allude, in particolare:

- (i) al d.-l. 8 gennaio 2019, n. 1, applicabile esclusivamente alla banca Cassa di Risparmio di Genova S.p.A. (“Banca Carige”)²;
- (ii) al d.-l. 23 dicembre 2016, n. 237, approvato allo scopo di “*garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese*” di fronte alla situazione di “crisi” in atto del Monte dei Paschi di Siena (“Banca Monte Paschi di Siena”), e applicabile peraltro alle “*banche italiane*” – definite come le “*banche aventi sede in Italia*” (art. 1, co.

¹ Si allude, principalmente, alla disciplina dei “Piani Attestati di Risanamento” - art. 67, co.3, lett. d) l.fall. -, la cui applicabilità alle imprese bancarie e finanziarie non sembra possa essere messa in discussione (*infra*, nel testo); nonché alla disciplina degli “Accordi di Ristrutturazione” ex art. 182-*bis* ss. l. fall., la cui applicabilità alle imprese bancarie (e finanziarie) – affermata in giurisprudenza almeno in un caso assai noto (il caso del “Gruppo Delta”: Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 594) –, è condizionata alla negazione della natura di “procedura concorsuale” all’istituto in questione, stante la presenza del principio secondo il quale le banche e gli intermediari finanziari non bancari sono sottratti alle “procedure concorsuali” di diritto comune (cfr. art. 80, co. 6, T.U.B., e art. 57, co. 3, T.U.F., che rende applicabile il richiamato art. 80, co. 6, T.U.B.). Su tale argomento, divenuto di recente di particolare attualità, sul quale si ritornerà in prosieguo, v. BONFATTI, *Predeuzione dei finanziamenti bancari tra “consecutio” e natura del procedimento*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2017; *La natura giuridica dei “Piani Attestati di Risanamento” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*, in *Dir. Banc.* 2018 (1), 175; *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Banc.*, gennaio 2018; *Ancora sulla natura giuridica degli “Accordi di Ristrutturazione”*, in *www.ilcaso.it*, febbraio 2018; *I “cerchi concentrici” della concorsualità e la predeuzione dei crediti (“o dentro o fuori”?)*, in *www.ilcaso.it*, giugno 2018; TRENTINI, “*Saturno contro*”: *sugli accordi di ristrutturazione dei debiti si rinfocola il contrasto tra legittimità e merito (e non solo)*, in *Fall.*, 2019, 1335. In prospettiva dovranno essere valutati i possibili effetti conseguenti al recepimento – che dovrebbe essere apprestato entro il 17 giugno 2021 – della direttiva comunitaria 2019/1023 del giugno 2019, concernente i quadri di ristrutturazione preventive (“*preventive restructuring frameworks*”) – su cui v., da ultimo, PANZANI, *Il preventive restructuring frameworks nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 e il Codice della Crisi. Assonanze e dissonanze*, in *www.Dirittobancario.it*, Ottobre 2019.

² L’art. 1, co.1, autorizza il Ministero dell’Economia e delle Finanze a concedere la garanzia dello Stato (e più in generale a dare corso agli interventi previsti dal provvedimento legislativo in questione) per favorire il collocamento di “*passività di nuova emissione di Banca Carige*”.

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI”
DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI**

2) -; ai “*gruppi bancari italiani*” (art. 13, co. 1); e alle “*società italiane capogruppo di gruppi bancari*” (art. 13, co. 2)³;

(iii) al d.-l. 16 dicembre 2019, n. 142, approvato immediatamente a ridosso della adozione del provvedimento di assoggettamento alla procedura di Amministrazione Straordinaria nella Banca Popolare di Bari⁴. Pur non vedendo limitata la propria applicazione alla situazione di “crisi” della Banca Popolare di Bari (alla quale non vengono fatti specifici riferimenti), il provvedimento è rivolto a disciplinare interventi a sostegno del sistema *creditizio* meridionale e non già del sistema *finanziario*;

(iv) alle disposizioni contenute nel c.d. “Decreto Rilancio” (d.-l. 19 maggio 2020, n. 34), che hanno previsto

- la possibilità di interventi pubblici di sostegno del “*settore creditizio*”, attraverso la prestazione della garanzia dello Stato su passività di nuova emissione – art. 165, 166 e 167 -;
- forme di “sostegno pubblico”⁵ alle operazioni trasferimento di attività e passività, di azienda, rami d’azienda, nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco,

³ L’art. 1 d.-l. n. 237/2016 richiama l’art. 18 d. lgs n. 180/2015, il quale prevede che una banca non è considerata in dissesto o a rischio di dissesto nei casi in cui, per evitare o porre rimedio a una grave perturbazione dell’economia e preservare la stabilità finanziaria, il sostegno finanziario pubblico straordinario viene concesso: **A)** in una delle seguenti forme: **1.** una garanzia dello Stato a sostegno degli **strumenti di liquidità** forniti dalla Banca Centrale alle condizioni da essa applicate; **2.** Una garanzia dello Stato sulle **passività di nuova emissione**; **3.** la sottoscrizione di fondi propri o l’acquisto di strumenti di capitale effettuati a prezzi e condizioni che non conferiscono un vantaggio alla banca, se al momento della sottoscrizione o dell’acquisto questa non versa in una delle situazioni di cui all’articolo 17, comma 2, lettere a), b), c), d) o e) che prevedono le ipotesi in cui la banca è considerata in stato di dissesto o a rischio di dissesto, né ricorrono i presupposti per la riduzione o la conversione. In questo caso la sottoscrizione è effettuata unicamente per fare fronte a carenze di capitale evidenziate nell’ambito di prove di *stress* condotte a livello nazionale, dell’Unione europea, o del Meccanismo di Vigilanza unico, o nell’ambito delle verifiche della qualità degli attivi o di analoghi esercizi condotti dalla Banca Centrale Europea, dall’ABE o da autorità nazionali. **B)** nonché a condizione che il sostegno finanziario pubblico straordinario: **1.** sia erogato previa approvazione ai sensi della disciplina sugli **aiuti di Stato** e, nei casi di cui alla lettera a), punti i) e ii), sia riservato a banche con patrimonio netto positivo; **2.** sia adottato su **base cautelativa e temporanea**, in misura proporzionale alla perturbazione dell’economia; **3. non venga utilizzato per coprire perdite** che ha registrato o verosimilmente registrerà nel prossimo futuro.

⁴ In argomento v. INZITARI, *Misure per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno, d.l 16 dicembre 2019, n. 142: Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in www.dirittobancario.it, Dicembre 2019, - e in *Dir. fall.*; 2020, I, 318 ss. -; nonché il Comunicato della Banca d’Italia in data 16 gennaio 2019, *ivi*, Dicembre 2019; HAMAUI, *Popolare di Bari. Vale la pena salvarla?*, in www.lavoce.it, 17 dicembre 2019; il *dossier* del Servizio Studi di Camera e Senato, in www.dirittobancario.it, Dicembre 2019; la *Audizione del ministro Roberto Gualtieri sul sistema creditizio del Mezzogiorno*, 10 gennaio 2020, in www.Dirittobancario.it, gennaio 2020.

⁵ Le possibili forme di sostegno, applicabili anche in combinazione fra di loro, sono: **a)** trasformazione in crediti di imposta delle attività per imposte anticipate della banca posta in liquidazione coatta amministrativa, anche laddove non iscritte nel bilancio di quest’ultima; **b)** trasformazione in crediti di imposta delle attività per imposte anticipate dell’Acquirente, anche laddove non iscritte nel bilancio di quest’ultimo; **c)** concessione all’Acquirente di garanzie su componenti del Compendio Ceduto; la garanzia dello Stato è gratuita, a prima richiesta, incondizionata, irrevocabile ed esplicita; essa copre capitale, interessi e oneri accessori fino all’importo massimo garantito e prevede il concorso del beneficiario nelle

facenti capo a *banche* (diverse dalle B.C.C., e di ridotte dimensioni) assoggettate a liquidazione coatta amministrativa – art. 168 – 175 -⁶.

In entrambi i casi, infatti, gli interventi sono invocabili solamente da parte di “*banche italiane*”.

In conseguenza di una recente innovazione apportata al T.U.F. – le modifiche conseguenti all’entrata in vigore del d. lgs. 3 agosto 2017, n. 129, che ha abrogato l’intero Capo I del Titolo IV della Parte II del T.U.F. (artt. 51-55), inserendo un Capo I–*bis*; nonché “trasferendo” la disciplina abrogata nella sede introduttiva dei “*Poteri di intervento sui soggetti abilitati*” (artt. da 7 a 7–*septies*) -; la disciplina delle crisi degli intermediari finanziari ha ricevuto una articolazione parzialmente differente da quella che caratterizza la corrispondente disciplina delle banche.

In particolare è diventato necessario distinguere tra intermediari finanziari non bancari per così dire “ordinari”, ed intermediari finanziari non bancari per così dire “particolari”, i quali sono costituiti: (i) dalle SIM che prestano uno o più dei servizi o attività di investimento descritti nell’art. 55–*bis*, co. 1, T.U.F. - e che per comodità espositiva definiremo “**Sim Speciali**” -; e dalle SIM rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 2 d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180 (di attuazione delle Direttiva 2014/597UE) – e che per comodità espositiva definiremo “**SIM equiparate**” (cfr. art. 60–*bis*; 1, co. 2, T.U.F.) -.

1.1. La distinzione delle “Sim Speciali” e delle “Sim equiparate” rispetto agli altri intermediari finanziari non bancari

La disciplina delle crisi degli intermediari finanziari non bancari⁷ si atteggia diversamente secondo che l’intermediario di volta in volta interessato sia o non sia rappresentato:

- a) da una Sim – che, come detto, per comodità espositiva definiremo, d’ora innanzi, **Sim “speciale”** - autorizzata alla prestazione di uno o più dei servizi o attività di investimento rappresentati da: (i) negoziazione per conto proprio; e (ii) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente, ovvero

perdite; **d**) erogazione all’Acquirente di contributi nella misura in cui le forme di sostegno pubblico di cui alle lettere precedenti non siano sufficienti.

⁶ Nella riunione del 1° luglio 2020 l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha deliberato, ai sensi dell’articolo 21 della legge n. 287/1990, di segnalare alcune disposizioni del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 recante *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19* (c.d. decreto Rilancio). Per quanto qui maggiormente interessa si fa riferimento alla segnalazione riguardante la deroga al controllo *antitrust* per operazioni di concentrazione realizzate nel contesto del sostegno pubblico a banche in liquidazione coatta amministrativa (disposta all’art. 171, comma 4). Le modalità prescelte per garantire la tutela dei “*rilevanti interessi generali dell’economia nazionale*”, evidenzia l’AGM, dovrebbero essere riviste, privilegiando una soluzione che tenga conto dei requisiti di proporzionalità e che non comporti ingiustificate restrizioni della concorrenza. Si suggerisce, dunque, non solo di prevedere che le operazioni di cui si tratta debbano comunque essere notificate ma che, nel disporre la relativa autorizzazione, anche “in deroga” in virtù dei rilevanti interessi generali, l’Autorità possa prescrivere eventuali misure correttive ritenute necessarie a ristabilire le condizioni di concorrenza.

⁷ Sui quali, in generale, v. ora VELLA – BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Bologna, 2019, 109 ss. e 293 ss.

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI”
DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI**

- b) da una Sim – che, come detto, per comodità espositiva definiremo, d’ora innanzi, **Sim “equiparata”** - rientrante nel campo di applicazione previsto dall’art. 2 d. lgs. n. 180/2015, vale a dire (i) società italiana capogruppo di un gruppo bancario e società appartenente a un gruppo bancario ai sensi degli artt. 60 e 61 T.U.B.; (ii) società inclusa nella vigilanza consolidata ai sensi dell’art. 65, o 1, lettere c) ed h) T.U.B.; e (iii) società avente sede legale in Italia inclusa nella vigilanza consolidata di un altro Stato membro.

Alle Sim “speciali” e alle Sim “equiparate”, infatti, si applicano numerose disposizioni dettate *per le banche*, piuttosto che per gli intermediari finanziari non bancari – alla categoria dei quali però appartengono -, sia in termini generali⁸; sia per quanto concerne la disciplina delle situazioni di “crisi” (che rappresentano l’argomento che ci interessa in questa sede).

Con particolare e principale riferimento alle “Sim speciali” si deve infatti precisare, in estrema sintesi – e con riserva di ritornare sull’argomento nelle diverse sedi nelle quali verranno illustrate in dettaglio le discipline dei diversi istituti rivolti a prevenire, superare, ovvero comporre le situazioni di “crisi” degli intermediari finanziari non bancari – quanto segue:

- alla luce della previsione (art. 55-bis T.U.F.) che assoggetta solo le Sim sopra descritte alle disposizioni del Capo I-bis del Titolo IV della Parte II del T.U.F. (vale a dire artt. da 55-bis a 55-quinquies);
- alla luce della previsione (art. 57, co. 1, seconda parte, T.U.B.) secondo la quale *“nei confronti delle Sim indicate all’articolo 55-bis, comma 1, la liquidazione [coatta amministrativa] è disposta se ricorrono i presupposti indicati all’articolo 17 del decreto legislativo 16 novembre 2015, numero 180, ma non sussiste quella indicata nell’articolo 20 del medesimo decreto per disporre la risoluzione “;*
- alla luce della previsione (art. 60-bis. 1 T.U.F.) che assoggetta solo le Sim sopra descritte al Capo II-bis del Titolo IV, della Parte II, del T.U.F. - concernente l’assoggettabilità alle misure della “risoluzione” - (artt. da 60-bis. 1 a 60-bis. 4 bis);
- alla luce dell’art. 60-bis. 4, che rende applicabili solo alle Sim descritte *“i Titoli IV e VI nonché agli articoli 99,102, 103,104 e 105”* del d. lgs. n. 180/2015; e precisa che *“i riferimenti contenuti nel predetto d. lgs. n. 180/2015 alla disciplina in materia di acquisto di partecipazioni qualificate, amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa prevista ai sensi del Testo unico bancario si intendono effettuati alle corrispondenti disposizioni”* del T.U.F.;

⁸ Ai sensi dell’art. 60-bis, T.U.F., in relazione a quanto disciplinato nel Capo II-bis (*“Risoluzione delle Sim”*), applicabile soltanto alle Sim “speciali”, si applicano gli artt. 3, 4, 5 e 6 del d. lgs. n. 180/2015 (concernenti i ruoli delle Autorità di Vigilanza ed i rapporti tra le stesse), nonché le “Definizioni” dettate dall’art. 1 dello stesso decreto legislativo. Si afferma inoltre (comma 4) che quando nel predetto Capo II-bis si fa rinvio a disposizioni del d.lgs. n. 180/2015 (*dettate per gli intermediari finanziari rappresentati dalle banche*), *“le disposizioni riferite alle banche si intendono riferite alle Sim [“speciali”], e quelle riferite alla Capogruppo si intendono riferite alla società posta al vertice del gruppo ai sensi dell’articolo 11 T.U.F.”*

- nonché alla luce, infine, dell'arte 60.bis.4-bis. T.U.B. (che consente soltanto alle **Sim “speciali”** di “*emettere gli strumenti di debito chirografario di secondo livello ai sensi dell'articolo 12-bis del Testo unico bancario*“, disponendo altresì che “*si applica l'articolo 91, comma 1-bis, lettera c-bis del Testo unico bancario*“ - in forza del quale “*i crediti per il rimborso del capitale e il pagamento degli interessi e di eventuali altri importi dovuti ai titolari degli strumenti di debito chirografari di secondo livello indicati dall'articolo 12-bis sono soddisfatti dopo tutti gli altri crediti chirografari e con preferenza rispetto ai prestiti subordinati alla soddisfazione dei diritti di tutti i creditori non subordinati della società*” - ,

si deve concludere che:

- a) solo alle **Sim “speciali”** sono applicabili le norme sulle “misure preparatorie” del “Piano di Risanamento” (art. 55-ter T.U.F.);
- b) solo alle **Sim “speciali”** sono applicabili le norme sul “Sostegno finanziario di gruppo” (art. 55-quater T.U.F.);
- c) solo alle **Sim “speciali”** sono applicabili le norme sulla misura di “intervento precoce” rappresentata dall'obbligo di “Attuazione del Piano di Risanamento” e adempimenti connessi (art. 55-quinquies T.U.F.);
- d) solo alle **Sim “speciali”** sono applicabili le norme sulla misura di “intervento precoce” rappresentata dal “*removal*” degli organi di amministrazione e controllo e *dell'alta dirigenza*, secondo le disposizioni del corrispondente istituto previsto per le imprese bancarie (cfr. art.55-quinquies T.U.F.) – laddove per gli altri intermediari finanziari non bancari, il “*removal*” è soggetto ad una disciplina distinta (che, per esempio, non ricomprende “l'alta dirigenza”), dettata dall'art. 56-bis T.U.F.- ;
- e) solo le **Sim “speciali”** sono assoggettabili alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, allorché ricorrano i “nuovi” presupposti introdotti dal d.lgs. 15 novembre 2015, n. 180, di attuazione della Direttiva 2014/59/EU (art. 57, co.1, seconda parte T.U.F.) – laddove gli altri intermediari finanziari non bancari rimangono assoggettati alla L.C.A. alla sola condizione della ricorrenza dei “vecchi” presupposti delle irregolarità/delle “violazioni di legge”/delle previsioni di perdita di “*eccezionale gravità*”: art. 57,co 1, prima parte T.U.F -;
- f) solo le **Sim “speciali”** (nonché le **Sim “equiparate”**) sono soggette alle nuove “procedure di crisi” ruotanti intorno all'istituto della “*risoluzione*” (art.60-bis.1, co.1 w co. 2, T.U.F.), con tutto ciò che ne consegue, vale a dire: (i) alla procedura di “*risoluzione*” propriamente detta; (ii) alle “*altre procedure di gestione della crisi*”; (iii) alla misura del “*Piano di Risoluzione*”; (iv) alla disciplina delle “*salvaguardie e tutela giurisdizionale*”;
- g) solo per le **Sim “speciali”** e per le **Sim “equiparate”**, ai fini dell'applicazione della disciplina della risoluzione e delle altre procedure di gestione delle crisi i riferimenti contenuti nel d. lgs. n. 180/2015 alla disciplina **del T.U.B.** in materia (i) di acquisto di partecipazioni qualificate; (ii) di amministrazione straordinaria e (iii) di liquidazione coatta amministrativa “*si intendono effettuati alle corrispondenti disposizioni*” del T.U.F.;

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

- h) solo le **Sim “speciali”** e le **Sim “equiparate”** possono emettere strumenti di debito chirografario di secondo livello, così che, in caso di assoggettamento a procedura di liquidazione coatta amministrativa, i crediti per il rimborso del capitale ed il pagamento degli interessi e di eventuali altri importi, dovuti ai titolari di questi strumenti finanziari, sono destinati ad essere soddisfatti dopo tutti gli altri creditori chirografari, sia pure con preferenza rispetto ai crediti subordinati alla soddisfazione dei diritti di tutti i creditori non subordinati dell’intermediario - art. 91, co. 1-*bis*, lett. c-*bis*), T.U.B., reso applicabile dall’art. 60-*bis*.4-*bis*, T.U.F. -.

1.2. La struttura della disciplina della crisi degli intermediari finanziari non bancari

In linea di principio l’attuale disciplina delle crisi degli intermediari (bancari e finanziari) aventi sede, ovvero operanti in Italia, **rappresenta il recepimento; l’attuazione; e l’integrazione nella normativa nazionale di settore della Direttiva 2014/59/EU (Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD).**

Tale direttiva distingue fra tre tipi di intervento:

- **le misure preparatorie** (es. i piani di risanamento e di risoluzione);
- **le misure di intervento precoce;**
- **le misure di risoluzione.**

Si tratta di una distinzione caratterizzata dalla maggiore o minore intensità del grado di prossimità rispetto allo stato di crisi: mentre le misure preparatorie sono destinate ad essere adottate nel corso dell’ordinaria operatività *in bonis* dell’intermediario, con l’obiettivo di programmare le attività da compiere in caso di una *eventuale* crisi; le misure di risoluzione si collocano alla estremità opposta, e sono destinate ad essere adottate in presenza (o dopo l’accertamento) dello stato di crisi (“irreversibile”).

Per ciò che concerne gli intermediari finanziari bancari la ripartizione sopra ricordata è (parzialmente) riportata nel T.U.B., ed in particolare nel Titolo IV (artt. 69-*bis* ss.), intitolato a “*Misure preparatorie di intervento precoce*” (e liquidazione coatta amministrativa) – laddove le misure di “risoluzione” sono disciplinate nel Titolo IV della legge 16 novembre 2015, n. 180, di attuazione della Direttiva 2014/59/UE -.

Per ciò che concerne gli intermediari finanziari non bancari le misure che potremmo definire “preparatorie” e “di intervento precoce” sono disciplinate dagli artt. 55-*bis* ss. del T.U.F., ma con rilevanti rinvii alla disciplina, dettata dal T.U.B., per i corrispondenti istituti applicabili agli intermediari finanziari bancari.

In ragione di quanto sopra rilevato, si ritiene che per ciò che concerne gli intermediari finanziari non bancari, la struttura della disciplina delle situazioni di “crisi” possa essere così delineata:

- 1) “*misure preparatorie*” (alle quali appartengono: i “Piani di Risanamento”, gli “Accordi di sostegno finanziario di Gruppo” ed i “Piani di Risoluzione”: artt. 55-*bis* e 55-*ter* T.U.F.; art. 55-*quater* T.U.F.; art. 60-*bis*.2. T.U.F.);

- 2) “*Provvedimenti ingiuntivi*” (ai quali appartengono l’esercizio dei “poteri di intervento” ed i “poteri ingiuntivi”: art. 7 e 7-*bis* T.U.F.; art. 7-*ter*, art. 7-*quater*, 7-*quinquies*, 7-*sexies*, 7-*septies* T.U.F.);
- 3) “*Interventi precoci*” (ai quali appartengono l’ordine di dare attuazione ai “Piani di risanamento” predisposti dall’intermediario; la rimozione degli organi di amministrazione e controllo e dell’alta dirigenza - c.d. “*removal*” - delle Sim che abbiamo convenuto di definire “speciali”- art. 55-*quinquies* T.U.F. -;⁹ della “*rimozione collettiva dei componenti degli organi di amministrazione e controllo*” degli intermediari finanziari non bancari diversi dalle Sim “speciali” – art. 56-*bis* T.U.F. -; e nel cui contesto pare corretto inserire la misura dello *scioglimento degli Organi di amministrazione e controllo* dell’intermediario, che produce l’apertura della *Amministrazione Straordinaria*);
- 4) Le “*procedure di crisi*” (alle quali appartengono la “riduzione” ovvero la “conversione” delle azioni e degli altri strumenti di capitale dell’intermediario; la Liquidazione Coatta Amministrativa; la Risoluzione dell’intermediario: art. 57, co. 1, seconda parte T.U.F.; art. da 60-*bis*.1 a 60-*bis*. 4, T.U.F. e artt. 17 e 20 d. lgs. n. 180/2015, per le Sim “speciali”; art. 57, co. 1, prima parte, T.U.F. per gli intermediari finanziari non bancari diversi).

A ciò va aggiunto, come detto, il profilo rappresentato dalla possibile applicazione anche agli intermediari finanziari – bancari e non bancari – di alcune disposizioni di “diritto comune concorsuale”, di cui non consti la incompatibilità con le corrispondenti disposizioni di “diritto speciale bancario”, o di cui non sia espressamente vietata l’applicazione.

2. I limiti di applicabilità della disciplina delle “crisi” espressa dalle disposizioni di “diritto concorsuale non bancario”

Il Testo Unico della Finanza, e gli altri testi normativi che disciplinano le attività degli intermediari finanziari (non bancari), non fanno cenno all’applicabilità a tali imprese delle disposizioni sulla prevenzione, e/o superamento, e/o composizione delle situazioni di “crisi”, dettate nel contesto delle cc.dd. “procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa”: i “Piani Attestati di Risanamento” (art. 67, co.1, lett. d), l. fall.); gli “Accordi di Ristrutturazione” (artt. 182-*bis* ss. l. fall.); e il Concordato preventivo (artt. 160 ss. l. fall.).

Non diversamente nessun cenno viene fatto (almeno direttamente) alla eventuale applicabilità delle “procedure di crisi” concepite per le imprese bensì diverse da quelle soggette al “diritto concorsuale comune”, e tuttavia estranee al settore bancario e finanziario (e assicurativo): come sarebbe per le procedure di Amministrazione straordinaria “*delle grandi imprese insolventi*”; ovvero “*delle imprese di rilevanti*

⁹ Quelle cioè autorizzate a prestare i servizi di investimento di cui all’art. 55-*bis*, co. 1, T.U.F.: negoziazione per conto proprio o sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o di garanzia nei confronti dell’emittente (*supra*, nel testo).

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

dimensioni in stato di insolvenza”; ovvero *“delle imprese di rilevanti dimensioni operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali”*¹⁰.

Con riguardo ai primi due istituti (“Piano Attestato di Risanamento” e “Accordo di Ristrutturazione”) militano, in linea di principio, a favore della loro applicabilità anche agli intermediari finanziari (non bancari: ma, per la verità, anche bancari), almeno due ordini di ragioni:

- a) *uno di carattere generale*, trattandosi di istituti rivolti a disciplinare le attività degli *“imprenditori”* – nelle situazioni di *“crisi”* – e tali certamente essendo anche gli intermediari finanziari;
- b) *uno di carattere particolare*, rappresentato dalla circostanza che proprio la predisposizione di *“un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori”* rappresenta una delle misure (cc.dd. *“di intervento precoce”*) che la Banca di d’Italia può imporre per la prevenzione delle situazioni di crisi (per lo meno, degli intermediari finanziari bancari e delle Sim *“speciali”*: cfr. art. 69 – *noviesdecies* T.U.B. e art. 55 *quinquies* T.U.F.)¹¹; ed i *“Piani Attestati”* ex art. 67, co. 3, lett. d) l. fall., e gli *“Accordi”* ex art. 182-*bis* l. fall., proprio sulla negoziazione dell’indebitamento *“con tutti o alcuni debitori”* si basano.

3. Applicabilità delle disposizioni sui *“Piani Attestati di Risanamento”*

Con riguardo all’istituto disciplinato dall’art. 67, co. 3, lett. d) l. fall., il problema dell’eventuale conflitto con le disposizioni che escludono l’applicabilità agli intermediari finanziari delle *“procedure concorsuali”* di diritto comune, non si pone: la *esclusione* di tale natura rappresenta, per l’istituto del *“Piano”*, il risultato di un orientamento fortemente consolidato in dottrina e in giurisprudenza¹², con argomenti pienamente condivisibili¹³.

Nessun dubbio, pertanto, che gli intermediari finanziari possano affrontare (o prevenire) le situazioni di *“crisi”* tramite la predisposizione (ed attestazione) di un *“Piano”* ex art. 67, co. 3, lett. d) l. fall..

Occorre se mai richiamare l’attenzione sulla circostanza che il *“Piano”* può produrre gli effetti specificamente attribuitigli dalla legge, e non altri: *tanto meno effetti che sarebbero propri di una “procedura concorsuale”* (quale esso non è).

¹⁰ In argomento, v. BONFATTI, voce *Amministrazione straordinaria*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2017; BONFATTI – FALCONE, *La riforma della Amministrazione straordinaria*, Roma, 2000.

Da ultimo, con riguardo alla disposizione della procedura di Amministrazione straordinaria a carico di ALITALIA (2 maggio 2017), v. SCARPA, *Alitalia, una compagnia senza futuro*, in *www.lavoce.it*, 17 dicembre 2019.

¹¹ BONFATTI, *La disciplina speciale delle crisi dei soggetti abilitati e degli OICR e i sistemi di indennizzo*, in *Il Testo Unico Finanziario*, cura di Cera e Presti, I, Bologna, 2020, 843 ss., spec. 867 ss.

¹² BONFATTI, *La natura giuridica dei “Piani Attestati di Risanamento” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*, in *www.ilcaso.it*, gennaio 2018; e in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2018 (1), 175. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895.

¹³ BONFATTI, *La natura giuridica dei “Piani Attestati ecc.”*, cit.

Tale avvertenza si rivela opportuna, perché almeno sotto un profilo la disciplina del “Piano” si presta al pericolo di ingenerare spiacevoli equivoci: la congettura che essendo disposta la esenzione da revocatoria dei pagamenti effettuati per l’esecuzione del “Piano” – art. 67, co.3, lett. d), cit.-, se ne possa ricavare *la prededucibilità* dei crediti insoddisfatti, il cui pagamento sarebbe stato esonerato dalla revocatoria, se fosse stato compiuto. Mentre così non è: con il risultato, oggettivamente paradossale, che tra due finanziatori che abbiano sostenuto l’impresa in crisi nell’ambito del medesimo tentativo di risanamento attraverso la esecuzione di un “Piano” attestato ai sensi dell’art. 67, co. 3, lett. d) l. fall., *quello tra i due che avesse preteso l’immediato rimborso risulterebbe protetto dal rischio revocatorio*, in caso di fallimento consecutivo; mentre l’altro, *che avesse consentito all’imprenditore di prorogare il termine del rimborso, non si troverebbe protetto dal riconoscimento del carattere prededucibile del proprio credito*.

La evidente – ma inevitabile – contraddizione non è stata colta dalla Corte di Cassazione, che pure ha avuto di recente l’occasione di soffermarsi sull’istituto del “Piano Attestato”¹⁴. La Suprema Corte, investita del quesito se i crediti professionali maturati “*in occasione o in funzione*” di un “Piano” predisposto ai sensi dell’art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. siano collocabili in prededuzione, ha risposto in senso negativo. In particolare la decisione richiamata (i) esclude che i crediti professionali derivanti da prestazione di attività funzionali alla predisposizione di un “Piano” ex art. 67, co. 3, lett. d) l. fall., possano essere collocati in prededuzione nel fallimento consecutivo; e (ii) nega che il Piano di Risanamento attestato abbia natura giuridica di “Procedura concorsuale”.

La conclusione merita di essere condivisa, non essendo rinvenibili nel “Piano” ex art. 67, co. 1, lett. d), l. fall., quei presupposti che si devono ritenere caratteristici delle “procedure concorsuali” – per quanto le stesse non risultino espressamente definite dal diritto positivo -.

Il “Piano” in discussione *non è neppure necessariamente una “Procedura”* – potendosi risolvere (non già in uno o più accordi, bensì) anche in *atti unilaterali* dell’imprenditore (attraverso il compimento dei quali dare esecuzione al “Piano”, accompagnato dalla attestazione descritta dalla norma richiamata al solo fine di proteggerli dal rischio revocatorio) -¹⁵.

Il “Piano” in discussione *non postula neppure la sussistenza di un “concorso”* - potendosi risolvere nel compimento di atti con soggetti diversi dai creditori dell’imprenditore in crisi, quali acquirenti di prodotti o di *asset*; quali sottoscrittori di aumenti di capitale della società in difficoltà; eccetera-.

Tuttavia ciò non giustifica – a parere di chi scrive – la insufficiente attenzione dedicata all’argomento, che era stato sviluppato davanti alla Suprema Corte, incentrato sul parallelo tra l’art. 67, co. 3, lett. d) e l’art. 111 l. fall.

¹⁴ Cass., n. 1895/2018, cit.

¹⁵ La prassi ha conosciuto numerosi esempi di “Piani Attestati di Risanamento” ex art. 67, co.3, lett d) l. fall. completamente avulsi da "creditori" o comunque soggetti ad essi equiparati, e rivolti a conseguire effetti protettivi in favore di atti di disposizione estranei alla esecuzione di “Accordi”, quali aumenti di capitale; conferimenti; vendite di aziende o rami di azienda.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

L’invocata “*comunanza di ratio*” fra le due norme, viene bollata (in modo criptico) come argomento che “*rimane, per così dire, sul mero piano della superficie esterna*”. A prescindere dalla non facile intelleggibilità del senso dell’obiezione, va detto che in realtà il parallelo tra il disposto dell’art. 67, co. 3, lett. d) l. fall. ed il disposto dell’art. 111 l. fall. non può essere liquidato con troppa disinvoltura, *perché pone il problema dei rapporti tra la esenzione dall’azione revocatoria fallimentare e la prededucibilità nel concorso tra i creditori*.

Il pagamento che il credito del professionista, derivante da attività funzionali all’esecuzione di un “Piano” Attestato di Risanamento, ricevesse in epoca pur prossima al fallimento, e pur nella piena consapevolezza dello stato di insolvenza dell’imprenditore, *sarebbe sottratto all’azione revocatoria fallimentare* (rimanendo per ciò soddisfatto in misura integrale senza essere ri-attrato al concorso con i creditori): art. 67, co.3, lett. d), l. fall.

Il mancato pagamento di questo stesso credito non comporterebbe invece il collocamento in prededuzione della relativa pretesa nel fallimento consecutivo (soggiacendo pertanto alla falciatura fallimentare, con assoggettamento al concorso).

Due crediti (professionali) sorti entrambi in esecuzione di un “Piano”, di cui uno pagato (con sottrazione della relativa liquidità all’imprenditore), e l’altro non pagato (con conseguente effetto di sostegno finanziario all’imprenditore), subirebbero sorti contrarie l’una rispetto all’altra, privilegiando la sorte del primo – esenzione dalla revocatoria –, e penalizzando quella del secondo – negazione della prededuzione –, in modo totalmente illogico (stante gli effetti *negativi* del primo atto, di fronte agli effetti *positivi* del secondo). Il dato normativo non consente – ad avviso di chi scrive – di superare la contraddittorietà (ed “ingiustizia” sostanziale) della conclusione: ma tutto si può dire, tranne che si tratti di una questione banale¹⁶.

4. Applicabilità delle disposizioni sugli “Accordi di Ristrutturazione”. Il quadro degli orientamenti giurisprudenziali attuali.

Il dubbio sulla legittimazione degli intermediari finanziari (bancari e non bancari) ad avvalersi dell’istituto dello “Accordo di Ristrutturazione”, disciplinato dagli artt. 182 ss. l. fall., è invece lecito, in conseguenza della recente emersione di un orientamento della Suprema Corte, propensa ad attribuire a tale procedimento la natura di “procedura concorsuale”: e foriero dunque della obiezione di incompatibilità con il ricordato principio (art. 57, co. 3, T.U.F.) che esclude l’applicabilità agli intermediari finanziari non bancari (come accade anche per le banche: art. 80, co. 6, T.U.B.) di “procedure concorsuali” diverse da quelle disciplinate nell’ambito del T.U.F. (e del T.U.B.).

Né si potrebbe sostenere che il ricordato principio non può trovare applicazione nei confronti di istituti – quali sono il “Piano” *ex* art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.; nonché (e soprattutto) lo “Accordo” *ex* art. 182-*bis* l. fall. – introdotti nell’ordinamento *successivamente* alla redazione del T.U.F. (e del T.U.B.): giacché, a prescindere dalla opinabilità in termini generali dell’argomento, si deve constatare che il decreto legislativo

¹⁶ Sulla considerazione di “esenzione” e “prededuzione” come due facce della stessa medaglia v. ad es. COSTA, *Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 536.

16 novembre 2015, n. 181, ha apportato significative modificazioni al T.U.F. (e al T.U.B.), in occasione del recepimento della Direttiva Comunitaria BRRD nel nostro ordinamento, e ben avrebbe potuto rivedere la portata del principio ostativo di cui all'art. 57, co. 3, T.U.F. (e 80, co. 6, T.U.B.).

L'obiezione che deve essere mossa alla ipotizzata esclusione del ricorso all'istituto dello "Accordo" *ex art. 182-bis*, l. fall. da parte di un intermediario finanziario (bancario e non bancario) è rappresentata dalla affermazione che il procedimento in questione non ha natura di "procedura concorsuale".

La conclusione, implicita nella risalente occasione nella quale la ammissione di un Gruppo bancario all'istituto *de quo* è stata giudizialmente riconosciuta¹⁷, merita di essere confermata anche nell'attualità, nonostante la emersione del ricordato orientamento della Suprema Corte in senso divergente.

Con alcune decisioni molto ravvicinate nel tempo – le prime molto sommariamente motivate; le successive più ricche di argomenti – la Corte di Cassazione è pervenuta ad attribuire la natura di "procedura concorsuale" agli "Accordi di Ristrutturazione", al fine di giustificare l'applicazione anche a tali procedimenti dell'istituto della "prededuzione"¹⁸, ovvero del disposto dell'art. 162, co. 1, l. fall.¹⁹.

Le prime decisioni hanno ritenuto di ricavare "*la appartenenza agli istituti di diritto concorsuale*" dell'Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis* da taluni (asseriti) indici, desumibili "*dalla disciplina alla quale nel tempo è stato assoggettato dal legislatore*". In rapida sintesi, gli indici rilevanti ai fini dell'attribuzione all'Accordo della natura di "procedura concorsuale" sarebbero i seguenti:

- a) "*condizioni di ammissibilità*": non si vede però, in linea di massima, quali esse siano. Un giudizio di "ammissione" al procedimento che può sboccare in un "Accordo", non è previsto!

A meno che si scambino le "*condizioni di ammissibilità*" con i *presupposti di omologabilità* dell'Accordo, una volta depositato: ma tali presupposti costituiscono un profilo tutt'affatto diverso da quelli che condizionano la "ammissibilità" del ricorso all'istituto;

- b) "*deposito presso il tribunale competente*": la (non) sintomaticità dell'indice, con riguardo all'attitudine ad attribuire o meno ad un procedimento la natura di "procedura concorsuale", si commenta da sé;
- c) "*pubblicazione nel Registro delle Imprese*": stessa conclusione (anche il Piano di Ristrutturazione Attestato *ex art. 67*, co. 3, lett. d) l. fall.) deve essere pubblicato, se

¹⁷ Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *ww.ilcaso.it*, Massimario 182-bis l. fall.

¹⁸ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896; Cass., 24 maggio 2018, n. 12965; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, con nota di POMPILI, *In tema di natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Corr. giur.*, 2019, 1379; in *Fall.*, 2018, 984, con nota di TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*. In un secondo momento tale orientamento ha raccolto anche l'adesione di taluni giudici di merito: per tutti Trib. Milano, 4 dicembre 2019, in *www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/22979.pdf*.

¹⁹ Cass., 12 aprile 2018, n. 9087

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI”
DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI**

vuole conseguire pienezza degli effetti – *cf.* art. 88, co. 4, d.p.r. n. 971/1986, che condiziona a detta pubblicità la neutralità fiscale della eventuale remissione del debito, per la parte che eccede la perdita di periodo -);

- d) “*necessità di omologazione*”: poiché la natura (o meno) di “procedura concorsuale” dipende (almeno a parere di chi scrive) dagli effetti attribuiti dalla legge ad un determinato procedimento, non è dalla sua sottoposizione ad omologa giudiziale che può essere ricavata una risposta al quesito sulla sua natura: l’omologa giudiziale condiziona *la produzione* degli effetti conseguenti alla instaurazione di un determinato procedimento: non ne determina – invece – *i contenuti*;
- e) “*meccanismi di protezione temporanea*”: nel procedimento di “Accordo” *ex* art. 182-*bis* l. fall. i “meccanismi di protezione” che si producono non hanno la funzione loro assegnata nelle “procedure concorsuali” propriamente dette (fallimento; concordato preventivo; ecc.). Nelle procedure concorsuali, i meccanismi sono rivolti *a proteggere i creditori* (contro gli atti di disposizione del debitore attentanti alla integrità del patrimonio; contro la effettuazione di pagamenti “preferenziali” o la costituzione di garanzie “discriminatorie”; contro le iniziative di singoli creditori comportanti la alterazione della *par condicio creditorum* – *cf.* artt. 44 e 45 l. fall.; *cf.* art. 169 l. fall. -); nell’Accordo di Ristrutturazione i “meccanismi protettivi” invocati dalla Suprema Corte hanno la funzione di *proteggere il debitore* (contro iniziative cautelari od esecutive dei creditori), non apprestando - invece – *alcuna tutela per i creditori*, né nei confronti degli atti di disposizione del debitore (che sono perfettamente validi ed opponibili, suscettibili a tutto concedere di giustificare la risoluzione dell’Accordo se contrari al suo contenuto, ma senza per ciò perdere di validità); né nei confronti dei pagamenti “preferenziali” (finanche rivolti all’estinzione di debiti pregressi, e rimuovibili con esclusivo ricorso all’azione revocatoria nell’eventuale fallimento consecutivo, ma non con il richiamo ad una inesistente inefficacia od inopponibilità); né nei confronti degli atti costitutivi di garanzie “discriminatorie” (essendo il divieto di acquisire titoli di prelazione previsto esclusivamente con riguardo agli atti costitutivi di garanzie reali “*non concordati*” con il debitore - *quindi ancora una volta in funzione protettiva dello stesso contro il rischio delle ipoteche giudiziali dei creditori* -, senza che ciò impedisca la costituzione di garanzie per libera iniziativa del debitore stesso – ed in quanto tali “*concordate*” -);
- f) “*esonero da revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione*”: trattasi di indice da giudicare (di per sé) non significativo, essendo comune a procedimenti - quale il Piano Attestato di Risanamento: *cf.* art. 67, co. 3, lett. d) l. fall. - di cui non si dovrebbe dubitare la *estraneità* al novero delle “procedure concorsuali”;
- g) “*forme di controllo... sulla composizione negoziata*”: anche la sussistenza di un controllo giudiziale sulla esistenza dei presupposti per la produzione di determinati effetti giuridici *nulla dice* – di per sé – sul *contenuto* di tali effetti, e dunque sulla loro attitudine (o meno) a giustificare l’assimilazione del procedimento relativo alle “procedure concorsuali”;

- h) “*forme di... pubblicità sulla composizione negoziata*”: vale quanto riferito *sub lett. c) e sub lett. g)*;
- i) “*effetti protettivi*”: in realtà non ne sussistono, se non nei limiti (e con le conseguenze) esposti *sub lett. e)*.

A tali argomenti si è aggiunta, in un secondo momento, la affermazione secondo la quale “*la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell’autonomia delle parti, man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all’orbita più esterna (gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti)...*” (mentre) “*restano...all’esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma ri-organizzazione dell’impresa, come i piani attestati di risanamento...*”. In tale prospettiva peraltro la Suprema Corte individua i caratteri della “*cifra della moderna concorsualità*” nei seguenti “*tre profili minimali*”: (i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l’Autorità giudiziaria, con finalità quanto meno “*protettive*” (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); (ii) *il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo...*; e (iii) *una qualche forma di pubblicità...*”.²⁰

In giurisprudenza si è registrato un significativo contrasto tra l’orientamento assunto dalla Corte di Cassazione (propenso ad attribuire all’istituto dell’Accordo di ristrutturazione connotati di sostanziale “*concorsualità*”) e le decisioni di alcuni giudici di merito, inclini a non condividere tale conclusione²¹.

In particolare va segnalato un recente *rèvirement*²², a seguito del quale il problema interpretativo in questione, all’esito di una analisi particolarmente approfondita ed

²⁰ La esclusione della natura di “*procedura concorsuale*” dello “*Accordo di Ristrutturazione*” anche alla luce delle recentissime modifiche legislative è confermata da FABIANI, *L’Ipertruffa legislazione concorsuale tra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*. In precedenza v. per tutti INZITARI, *La disciplina della crisi nel testo Unico Bancario*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d’Italia*, n. 75, Roma, 2014; e D’AMBROSIO, *Accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in G. Fauceglia e L. Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, IV, Torino 2009, 1802 ss. In argomento v. più diffusamente *infra*, nel testo.

Sul contrasto giurisprudenziale in atto tra la Corte di Cassazione e taluni giudici di merito v. BONFATTI, “*Piani attestati, Accordi di ristrutturazione e crediti prededucibili*”, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 2018, II, 166; “*Estraneità degli Accordi di ristrutturazione alla “sfera della concorsualità, in materia di prededuzione*”, in *www.ilcaso.it*, settembre 2018; “*I “cerchi concentrici” della concorsualità e la prededuzione dei crediti*” (“o dentro o fuori?”), in *www.ilcaso.it*, giugno 2018; “*Ancora sulla natura giuridica degli “Accordi di Ristrutturazione*”, in *www.ilcaso.it*, febbraio 2018; “*La natura giuridica dei “Piani di Risanamento Attestati” e degli “Accordi di Ristrutturazione*”, in *www.ilcaso.it*, gennaio 2018; e in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2018 (1), p. 175; “*La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*”, in *www.ilcaso.it*, Gennaio 2018; “*Prededuzione dei finanziamenti bancari tra “consecutio” e natura del procedimento*”, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2017.

Più recentemente conclude che la riconduzione degli accordi di ristrutturazione alla categoria delle procedure concorsuali rappresenterebbe un “*errore*”, ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell’Insolvenza*, in *Riv. banc. e merc. fin.*, 2019, 1, 145 ss.

²¹ Vedi, tra le molte decisioni conformi assunte in argomento da questo Tribunale, Trib. Reggio Emilia 19 ottobre 2017, n. 5616; Trib. Reggio Emilia, 22 marzo 2018, n. 1740; Trib. Reggio Emilia, 14 febbraio 2019, n. 1039. Cfr. inoltre Trib. Roma, 27 febbraio 2019 – in *Fallimento*, 2019, 1330 ss. -; Trib. Milano, 20 dicembre 2018 – *ivi*, 1333 ss. (ma successivamente smentito dalla pronuncia 4 dicembre 2019, inedita) -.

²² Trib. Milano, 4 dicembre 2019, cit.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

accurata, è stato risolto conformemente all’indirizzo della Suprema Corte. E’ stato osservato, in questa occasione, che gli aspetti di affinità tra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo sarebbero andati intensificandosi a tal punto, che mantenere l’accordo al di fuori della “concorsualità” rischierebbe di presentarsi come una scelta critica, perché una prospettiva di negazione si presenterebbe come antistorica, visto che il regolamento 848/2015 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 prevede espressamente tra le procedure concorsuali - cfr. art. 1 ed All. A) - l’Accordo di ristrutturazione, escludendo invece, in quanto l’elenco è tassativo, il Piano Attestato di Risanamento di cui all’art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., che non è citato.

Fermo restando, nonostante il richiamo a questo argomento di carattere comunitario, quanto già osservato nelle pagine che precedono, assume in ogni caso portata risolutiva la considerazione che *nella prospettiva della “nuova legge fallimentare” (d. lgs 12 gennaio 2019, n. 14: “Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza”), il dubbio sulla esclusione della natura della “Procedura concorsuale” dell’istituto dell’Accordo di ristrutturazione non dovrebbe però potere più essere coltivato: dovendo essere risolto (anche in futuro) nel senso di negare tale natura.*

5. Segue. Prospettive di riforma e necessario ripensamento delle recenti soluzioni giurisprudenziali

Se si presta attenzione al contenuto della c.d. riforma della “legge fallimentare” prossima ad entrare in vigore, si deve prendere atto del tentativo – rappresentato dal c.d. “Progetto Rordorf” – di assimilare gli “Accordi di Ristrutturazione” alle “procedure concorsuali” (con specifico riguardo al Concordato preventivo); e del “passo indietro” realizzato dalla “Riforma Bonafede” - poi confluita nel testo definito del “Codice” -, che quel tentativo ha frustrato.

Basta infatti confrontare il testo dell’art. 50 del “Progetto Rordorf” con il testo dell’art. 46 della “Riforma Bonafede”, poi diventata C.C.I., per rendersi conto del fenomeno segnalato.

Gli effetti della domanda di accesso al Concordato preventivo *prima* erano riconnessi anche alla domanda di accesso all’ “Accordo”. L’art. 50 menzionato così recitava [Rubrica]: *“Effetti del decreto di concessione dei termini per accesso al Concordato Preventivo o al giudizio per omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione. [Testo] 1. Dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura di cui all’articolo 47, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. In difetto di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il tribunale dispone la revoca del decreto di cui all’articolo 4, comma 1 3. I crediti sorti per effetto degli atti legittimamente compiuti dal debitore sono prededucibili 5. I creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l’autorizzazione prevista dai commi 1, 2 e 3. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso sono inefficaci rispetto di creditori anteriori”*.

Con la approvazione del C.C.I., peraltro, tutto è cambiato. Il Testo definitivo della norma (divenuta ora l’art. . 46 C.C.I.) così recita [Rubrica]: *“Effetti della domanda di accesso al Concordato preventivo” (e basta!). [Testo] 1. Dopo il deposito della domanda di accesso*

e fino al decreto di apertura di cui all'articolo 47, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. In difetto di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il tribunale dispone la revoca del decreto di cui all'articolo 44, comma 1. 4. I crediti di terzi sorti per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili. 5. I creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione prevista dai commi 1, 2 e 3. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori”.

La assimilabilità degli “Accordi” al Concordato preventivo deve quindi essere definitivamente esclusa, perché effetti di primaria importanza, caratteristici delle “procedure concorsuali” - quale il divieto di azioni esecutive o cautelari individuali; la limitazione della gestione dell'impresa agli atti di ordinaria amministrazione; la prededucibilità dei crediti sorti in corso di procedura -, *sono attribuiti esclusivamente al Concordato preventivo, e sottratti invece all'Accordo di Ristrutturazione.*

Se poi si ha riguardo al nuovo art. 100 C.C.I. è possibile desumere ulteriori argomenti a favore della tesi della “non concorsualità” dell'Accordo di ristrutturazione.

La norma disciplinerà gli effetti del pagamento di creditori pregressi (i cc.dd. “fornitori strategici”), consentendolo solo a seguito di una autorizzazione giudiziale, preceduta da una attestazione speciale. Trattasi di disposizione analoga a quella oggi prevista dall'art. 182-*quinquies*, co. 5, l. fall. (per l'ipotesi della sequenza “Concordato – Fallimento”), e sarà applicabile esclusivamente al *“debitore che presenta una domanda di concordato”*.

Nessuna disposizione è invece dettata per l'ipotesi della sequenza “Accordo – Fallimento” (oggi disciplinata dall'art. 182-*quinquies*, co. 6, l. fall., **non riprodotto nel C.C.I.**).

In mancanza di una disciplina specifica, le possibili soluzioni sono due:

- a) il pagamento di “fornitori strategici” non è MAI consentito all'imprenditore che abbia concluso un “Accordo”, neanche con la autorizzazione del Tribunale (che non è contemplata); oppure
- b) il pagamento dei “fornitori strategici” è SEMPRE consentito all'imprenditore che abbia concluso un “Accordo”, anche senza autorizzazione del Tribunale - che non è contemplata (a nulla rilevando la circostanza che detto pagamento possa essere assoggettato a revocatoria nel fallimento consecutivo; e neppure rilevando che esso possa costituire causa di risoluzione dello “Accordo”, ove contrario agli impegni assunti dall'imprenditore: giacché il pagamento rimarrebbe comunque valido).

È evidente che la risposta corretta è la seconda (non avrebbe senso vietare nell' “Accordo” ciò che è consentito nel Concordato, seppur con l'intervento autorizzatorio del Giudice competente): e ciò evidenzia viepiù la diversa natura del primo istituto rispetto al secondo.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

Il *ché* corrisponde a quanto deve essere ricavato già oggi dalla disciplina delle condizioni di soddisfacibilità dei “fornitori strategici”²³.

Pare opportuno infine segnalare – richiamando tutte le ragioni sviluppate sopra che inducono a preferire la soluzione condivisa un tempo dal Tribunale di Milano, ed ora, come detto, dallo stesso abbandonata²⁴ – che secondo la decisione più recente di questo Tribunale “*il miglior argomento che illumina la riscontrata similitudine tra il 182-bis e il Concordato preventivo sta... nella c.d. possibilità di switch...*” tra le due procedure (cfr. artt. 182-bis, co. 2 e art. 161, co. 9 l. fall.)²⁵.

Tale “*possibilità di switch*”, peraltro, oggi *caratterizza anche i rapporti tra Piano Attestato di Risanamento e Concordato preventivo* (cfr. art. 9, co. 5-bis, d.-l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito nella legge n. 40/2020), per lo meno sino al 31 dicembre 2021: il *ché* però non dovrebbe consentire di qualificare “procedura concorsuale” anche il Piano Attestato di Risanamento!

In conclusione, si deve ribadire che la soluzione alla quale la Suprema Corte è pervenuta, in materia di ammissibilità degli Accordi di Ristrutturazione alle “procedure concorsuali”, non può essere condivisa. Non può esserlo in prospettiva (per quanto sopra osservato): e non può esserlo neppure nell’attualità.

In termini generali – oltre a quanto già osservato nelle pagine precedenti -, se consideriamo i criteri che la Suprema Corte indica come espressivi della “*cifra della moderna concorsualità*”, non ne possiamo trarre un significativo conforto alla tesi favorevole ad assimilare gli “Accordi” alla figura del Concordato preventivo (che è certamente qualificabile “procedura concorsuale”), piuttosto che a quella dei “Piani” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.* (che non lo sono, neanche nella valutazione della Suprema Corte²⁶).

Ritornando a considerare i “*tre profili minimali*” che caratterizzerebbero “*la moderna concorsualità*”²⁷ – vale a dire: una forma di interlocuzione con l’Autorità giudiziaria; il coinvolgimento dei creditori; una qualche forma di pubblicità -, l’ipotesi di assimilare gli “Accordi” *ex art. 182-bis l. fall.* al Concordato Preventivo, piuttosto che ai “Piani” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.*, non è in alcun modo convincente.

Per ciò che concerne il profilo della “*interlocuzione con l’Autorità giudiziaria, con finalità... protettive... e di controllo*”, l’attitudine a giustificare l’avvicinamento dello “Accordo” al Concordato preventivo, piuttosto che al “Piano” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.*, è soltanto apparente: perché l’interlocuzione dell’imprenditore richiedente l’omologa di un “Accordo” con l’Autorità giudiziaria, produce (i) un “*effetto protettivo*”

²³ *Infra*, nel testo.

²⁴ *Supra*,

²⁵ Su cui v. PANZANI, *Il mondo alla rovescia ovvero il passaggio dal concordato o accordo di ristrutturazione con riserva al piano attestato: l’originale “invenzione” del legislatore*, in www.dirittobancario.it, giugno 2020.

²⁶ Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895 (in *Riv. Dir. Banc.*, 2018, I, 167 ss., con nota di BONFATTI, *La natura giuridica dei “Piani di Risanamento Attestati” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*; e in *Fallimento*, 2018 (3), 285, con nota di FABIANI, *La nomenclatura ecc.*, cit.).

²⁷ *Supra*, nel testo

assai circoscritto (60 giorni) – e inutile! ⁻²⁸; e (ii) *nessun controllo* (manca qualsiasi divieto di compiere atti di straordinaria amministrazione, se non autorizzati; manca qualsiasi divieto di costituire prelazioni “preferenziali”; manca qualsiasi divieto di effettuare pagamenti di debiti pregressi trasgressivi del principio della “*par condicio*”).

Per ciò che concerne gli altri profili, un Piano Attestato di Risanamento *ben può poggiare su un accordo con i creditori* (e di norma è *esattamente così*); e ben può essere pubblicizzato (e per lo più è *esattamente così*: certamente lo è ogniqualvolta l'imprenditore intenda conseguire l'effetto premiante della neutralità fiscale dello “stralcio” ottenuto da uno o più creditori: cfr. art. 88, co. 4, d.P.R. n. 917/1986, che per l'appunto condiziona il beneficio fiscale alla pubblicazione del “Piano” nel Registro delle Imprese).

In altre parole: *dopo 60 giorni*, la disciplina del Piano Attestato di Risanamento che si basi su un accordo con i creditori (come è di regola), e che sia stato pubblicato nel Registro delle Imprese (come è di frequente), è **identica** a quella dell'Accordo di Ristrutturazione, sotto il profilo della presenza dei criteri indicatori della “*cifra della concorsualità*” (presenti in entrambi i procedimenti il secondo ed il terzo; assente in entrambi i procedimenti il primo – l'effetto conseguente alla “interlocuzione” con l'Autorità giudiziaria -, perché in nessuno dei due casi sussistono (più) effetti “protettivi” o forme di “controllo” sulla gestione).

La “*cifra della concorsualità*” non si rivela dunque uno strumento idoneo per conseguire una più precisa determinazione della disciplina applicabile agli Accordi di Ristrutturazione attraverso lo “apparentamento” al Concordato preventivo piuttosto che ai Piani Attestati di Risanamento.

In termini particolari, la appartenenza degli “Accordi” al perimetro dei “*cerchi concentrici della concorsualità*”; e la estraneità dei “Piani” allo stesso; non possono essere giustificate sulla base della considerazione del profilo – assunto, invece, dalla Corte di Cassazione a fondamento del principio enunciato della “*concorsualità*” degli Accordi (e non dei Piani) – rappresentato dal grado di “*autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal... fallimento*”: perché l'intensità dell'autonomia dell'imprenditore è **identica** nell'Accordo e nel Piano: ed è – soprattutto – **irriducibile** (non solo allo “spossessamento totale” conseguente al fallimento, ma anche) allo “spossessamento attenuato” conseguente alla presentazione di una domanda di Concordato preventivo (ed alla successiva ammissione alla procedura).

L'imprenditore che (i) predispone; che (ii) deposita per la omologazione; e che (iii) dà esecuzione ad un Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*, soffre di **nessun** limite di “autonomia” nel compimento di atti dispositivi del proprio patrimonio, **né più né meno di quanto non ne soffra l'imprenditore che ha predisposto un Piano Attestato** *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.* Non si capisce, pertanto, come sotto questo profilo – che è peraltro quello considerato qualificante dalla Corte di Cassazione – il primo imprenditore possa

²⁸ Non hanno alcuna utilità, infatti, “*effetti protettivi*” che si producano al momento del deposito dell'“Accordo” *ex art. 182-bis* per la omologazione – come sono quelli qui considerati -, per la semplice considerazione che in questo momento l'imprenditore non ha più alcun creditore da cui proteggersi! Non i creditori aderenti, in quanto vincolati dall'adesione alla proposta di “Accordo”; e non i creditori estranei, perché in procinto di essere pagati (come l'art. 182-bis impone) subito dopo l'omologa!

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

essere considerato all'interno dei “*cerchi concentrici della concorsualità*”; ed il secondo – invece – all'esterno.

Più in particolare, poi, non si capisce come gli atti di disposizione dell'uno e dell'altro, produttivi di obbligazioni nei confronti dei terzi, dovrebbero comportare **effetti radicalmente contrapposti**, come sono l'attitudine a garantire un collocamento in prededuzione e la mancanza di attitudine a conseguire tale risultato.

L'affermazione, secondo la quale l'imprenditore che sia in procinto di concludere; ovvero di fare omologare; ovvero di eseguire un Accordo di Ristrutturazione, *non soffre di alcun limite alla propria autonomia di disposizione del patrimonio* - ragione per cui il procedimento intrapreso non può essere considerato rientrante nei “*cerchi concentrici*” della concorsualità, più di quanto non lo sarebbe per l'imprenditore che avesse predisposto un “Piano” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.* (fondato, come lo sono in pratica tutti, su un accordo con i propri creditori, ovvero con una parte di essi) -, si fonda (non solo, ma principalmente) sulla:

- (i) legittimità ed opponibilità degli atti di straordinaria amministrazione (nessuna norma li vieta; nessuna norma li assoggetta a qualche regime autorizzatorio);
- (ii) legittimità ed opponibilità della costituzione di prelazioni anche preferenziali (nessuna norma le vieta: né mentre l'imprenditore predispone lo Accordo, né nel corso del procedimento di omologazione – dove è vietata l'acquisizione dei soli titoli di prelazione “*non concordati*” (art. 182-*bis*, co. 3), con l'ovvia ammissibilità, per conseguenza, di quelli “*concordati*”, cioè liberamente costituiti dall'imprenditore d'accordo con il creditore favorito -; né nel caso del procedimento conseguente alla “istanza di sospensione” (art. 182-*bis*, co. 6, l.fall.), dove vale l'identica regola; né in sede di esecuzione dello “Accordo”);
- (iii) legittimità e opponibilità dei pagamenti di debiti pregressi, anche produttivi della violazione della *par condicio* (nessuna norma li vieta; l'art. 182-*quinqies*, co. 6, l.fall. **li contrappone** ai pagamenti di crediti pregressi effettuati in corso di Concordato preventivo, perché mentre assoggetta questi ultimi all'autorizzazione del tribunale in funzione del *superamento del divieto di pagamento di passività pregresse* caratterizzante tale procedura, ne interessa i pagamenti di debiti pregressi effettuati in sede di “Accordo” *ex art. 182-bis l. fall.* al diverso scopo di *assicurare loro un “effetto esentativo”* dall'azione revocatoria fallimentare (“*In tale caso i pagamenti effettuati [dall'imprenditore impegnato in un “Accordo”] non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67*”): ciò che rappresenta la migliore dimostrazione della circostanza che detti pagamenti sono perfettamente validi ed opponibili, e proprio per questo soggetti, come tutti i pagamenti, al (solo) rischio revocatorio, eventualmente eludibile facendo ricorso all'autorizzazione *de qua* - laddove per l'imprenditore in Concordato, come detto, l'autorizzazione è funzionale a porre in essere un atto che, senza di essa, sarebbe privo di effetti *tout*

court, perché inopponibile alla procedura ed ai creditori dalla stessa “rappresentati”²⁹ -;

- (iv) mancanza di controlli dell’Autorità giudiziaria: non c’è un Giudice Delegato (come invece c’è nel Concordato);
- (v) mancanza di controlli da parte di “Organi” (non c’è un Commissario Giudiziale);
- (vi) mancanza di controlli dei creditori (non c’è un Comitato dei Creditori).

Agli argomenti, sopra passati in rassegna, che mettono in risalto la insufficiente omogeneità tra la disciplina del Concordato preventivo e quella degli Accordi di Ristrutturazione per giustificare la estensione anche ai secondi della qualificazione di “procedura concorsuale”, altri se ne aggiungono, che sono in condizione di addurre *la incompatibilità di tale conclusione con specifico nome di diritto positivo*.

Per un verso, occorre tenere conto del disposto dell’art. 69-*bis*, co. 2, l.fall., in materia di “consecuzione” di procedure concorsuali: non si comprende perché ai fini della “retrodatazione” del c.d. “periodo sospetto” rilevi l’apertura del procedimento di Concordato preventivo, rispetto al fallimento consecutivo, e non rilevi invece – deponendo in senso inequivocabilmente contrario l’art. 69-*bis*, co. 2, l. fall., che attribuisce rilievo, sotto tale profilo, esclusivamente al Concordato preventivo – la pregressa omologazione di un “Accordo”.

Per un altro verso, occorre tenere conto del disposto dell’art. 182-*quinquies*, co. 5 e co. 6, l. fall. Tale disciplina dimostra che la natura giuridica di “Accordo” e Concordato preventivo non è la medesima: e poiché nessuno dubita che il Concordato preventivo abbia natura di procedura concorsuale, se ne ricava agevolmente l’esclusione di tale natura per ciò che concerne gli Accordi di Ristrutturazione.

Le disposizioni del comma 5) e 6) dell’art. 182-*quinquies* l. fall. presentano un identico contenuto, tranne l’ultima parte del comma 6 (assente nel comma 5), secondo la quale “*in tal caso* [intervento dell’autorizzazione giudiziale] *i pagamenti effettuati non sono soggetti all’azione revocatoria di cui all’articolo 67*”³⁰.

L’autorizzazione giudiziale in questione può riguardare dunque tanto le imprese ammesse al Concordato preventivo, quanto le imprese impegnate nel perfezionamento di un Accordo di Ristrutturazione: ma la considerazione dei differenti effetti prodotti dall’autorizzazione giudiziale nelle due fattispecie dimostra come il Concordato preventivo possa essere definito “procedura concorsuale” – come tale caratterizzata, *inter alia*: (i) dal divieto del pagamento dei debiti pregressi; e (ii) dalla determinazione del *dies a quo* di decorrenza del “periodo sospetto” a fini revocatori dalla data di apertura della procedura di Concordato-; mentre per lo “Accordo” si debba pervenire ad una conclusione

²⁹ L’autorizzazione invece non è funzionale a conseguire una qualche forma di “esenzione” dalla revocatoria (in effetti non prevista), in quanto gli atti posti in essere dopo l’ammissione al Concordato o sono opponibili; o sono inopponibili. Non possono essere revocabili, neppure in astratto, visto che tali sono, a seguito dell’eventuale fallimento successivo, gli atti compiuti *prima* dell’apertura del Concordato (art. 69-*bis*, co. 2, l. fall.), non quelli compiuti *dopo*.

³⁰ È (anche) questa differenza che dimostra come al Concordato preventivo la natura di procedura concorsuale sia certamente attribuibile, mentre all’Accordo di ristrutturazione *ex art.* 182-*bis*. l. fall. debba essere negata.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

opposta.

La esenzione dall'azione revocatoria di cui all'art. 67 l. fall. non è prevista per i pagamenti dei “fornitori strategici” effettuati dall'imprenditore ammesso al Concordato, perché in caso di successivo fallimento consecutivo la azione revocatoria fallimentare investe il “periodo sospetto” *anteriore alla prima procedura consecutiva* (cfr. art. 69-bis, co. 2, l. fall.), quindi non può investire i pagamenti *successivi* alla sua apertura. Tali pagamenti, dunque, o sono “legittimi”; ovvero non lo sono, e come tali risultano semplicemente *inopponibili* alla procedura ed al fallimento consecutivo (ma non certamente revocabili)³¹.

La esenzione dall'azione revocatoria può invece a ragion veduta essere disposta per i pagamenti effettuati nel corso di un procedimento di composizione negoziale della crisi d'impresa - sfociato in un fallimento - che *non* abbia natura di “procedura concorsuale”, per la ragione che:

- (i) il “periodo sospetto” decorre a ritroso dall'apertura del fallimento, e quindi ha l'attitudine ad investire i pagamenti *de quibus*; e
- (ii) l'essere stati effettuati nel corso o in esecuzione di un procedimento di composizione negoziale della crisi d'impresa accentua il rischio della soccombenza in sede revocatoria.

Per tali ragioni il comma 5 dell'art. 182-*quinquies*, che disciplina i pagamenti (di crediti anteriori all'apertura della procedura) effettuati nel corso del Concordato preventivo – che è una “procedura concorsuale” – si disinteressa del rischio revocatorio (assente, per le ragioni sopra specificate): il che dimostra che l'autorizzazione giudiziale è funzionale a superare *un divieto* altrimenti impeditivo dei pagamenti (ed infatti nel Concordato preventivo il pagamento dei crediti pregressi è vietato).

Sempre per tali ragioni il comma 6 della norma in discussione, che disciplina i pagamenti (di crediti pregressi) effettuati nel corso dell'Accordo di ristrutturazione, si preoccupa del pericolo revocatorio perché nel fallimento successivo i pagamenti *de quibus* vi sarebbero soggetti³²: il che dimostra che essi, per altro verso, sono “legittimi” (per chi intendesse porli in essere senza preoccupazioni di conseguire una “esenzione” dalla revocatoria, ovvero ritenesse sufficiente la protezione assicurata dall'art. 67, co. 3, lett. e) l. fall.), con una conclusione che è coerente soltanto con la negazione all'Accordo *ex art. 182-bis* l. fall. della natura di “procedura concorsuale”.

³¹ In questi termini, esattamente, ora, Cass., 13 luglio 2018, n. 18729, secondo la quale “*poiché gli effetti del decreto di apertura del concordato preventivo retroagiscono alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura, in caso di successivo fallimento i pagamenti eseguiti dall'imprenditore dopo il deposito della domanda di ammissione al concordato, ma prima dell'emissione del decreto di apertura della procedura, sono inefficaci ai sensi dell'art. 167 l. fall. e non risultano soggetti a revocatoria fallimentare pur se rientranti nel c.d. periodo sospetto*”.

³² Trattasi insomma di una ennesima fattispecie di “esenzione” dall'azione revocatoria, che sarebbe stato preferibile disciplinare nella sede propria (per es. nel contesto dell'art. 67, co. 3, l. fall.).

6. Inapplicabilità della procedura di Concordato preventivo e delle procedure di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese; delle imprese di rilevanti dimensioni; delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali

La procedura di concordato preventivo (art. 160 ss l.fall.); e le procedure di Amministrazione straordinaria (non bancaria) “normali” e “speciali” (legge n. 95/1979 – “legge Prodi” -; decreto legislativo n. 270/1999 – legge Prodi-*bis* -; legge n. 39/2004 “legge Parmalat” -; legge n. 166/2008 – “legge Alitalia”-); sono qualificabili, per opinione comune, “*procedure concorsuali*”.

Gli intermediari finanziari non bancari sono assoggettabili - come vedremo – alla “procedura concorsuale” della liquidazione coatta amministrativa c.d. “bancaria”, in virtù del rinvio, operato dall’art.57, co. 3, T.U.F., agli articoli da 80 a 94 (con la eccezione di pochi commi) del T.U.B.

Tra le norme rese applicabili dal citato art. 57, co. 3, T.U.F. è ricompreso anche l’art. 80, co. 6, T.U.B., secondo il quale (le banche, e quindi) gli intermediari finanziari non bancari “*non sono soggetti a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta [bancaria] prevista dalle norme della [presente] Sezione*” III, del Capo I, del Titolo IV, T.U.B.

In ragione della affermazione di tale principio, è necessario escludere l’applicabilità del concordato preventivo e delle procedure di Amministrazione straordinaria menzionate agli intermediari finanziari (bancari e) non bancari.

7. La situazione particolare della Società di Gestione del Risparmio (SGR)

Gli intermediari finanziari esercitano, di norma, una attività sufficientemente precisata, anche se suscettibile di sviluppi in diverse, possibili direzioni: l’attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito (banche); l’attività di assunzione di rischi connessi a possibili sinistri (assicurazioni); l’attività di intermediazione mobiliare (SIM).

Le società di gestione del risparmio (SGR) esercitano una attività (la gestione dei beni, dei diritti, delle risorse “conferiti” dai risparmiatori-clienti) anch’essa tendenzialmente unitaria, ma strutturalmente articolata in una pluralità di assetti organizzativi: i **Fondi Comuni di Investimento**, suddivisi e distinti tra di loro in modo “blindato”, e destinatari ciascuno di “conferimenti” - posti in essere dai rispettivi “partecipanti” - destinati ad essere investiti **autonomamente** e **separatamente** l’uno dall’altro.

In tale contesto, il fenomeno delle “crisi d’impresa” si presenta più articolato del normale, in quanto esso può – volta per volta – investire:

- (i) la SGR in quanto tale – e non i “Fondi” gestiti -;
- (ii) un “Fondo” gestito in quanto tale – e **non** altri “Fondi”, **né** la SGR -;
- (iii) più “Fondi” gestiti in quanto tali – ma **non** altri “Fondi”, **né** la SGR -;
- (iv) tutti i “Fondi” gestiti – ma **non** la SGR -;
- (v) **tanto** i “Fondi” gestiti, **quanto** la SGR-gestore.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

In tali contesti, la individuazione della disciplina applicabile alle diverse situazioni “di crisi” risulta più complessa. Per tale ragione pare necessario differirne l’esame all’esito delle indagini dedicate alle situazioni più semplici, quale è quella presa in considerazione nel presente contributo³³.

8. I Presupposti generali della applicazione della disciplina (speciale bancaria) delle situazioni di “crisi” degli intermediari finanziari e la tipologia di interventi ipotizzabili

Tra le caratteristiche principali che distinguono, in termini generali, la disciplina delle “crisi” degli intermediari finanziari (anche bancari) va annoverata la rilevanza delle cc.dd. “*crisi di legalità*”.

Nel diritto comune dell’esercizio delle attività d’impresa le situazioni di “crisi” rilevanti, sotto il profilo normativo, sono (pressoché) soltanto³⁴ le cc.dd. “crisi economiche”: quelle, cioè, prodotte da una attività d’impresa che abbia cagionato perdite di conto economico; ovvero “blocco” finanziario; od ancora dissipazione del patrimonio.

In materia finanziaria rilevano invece, anche e talora soprattutto, le “crisi” provocate da attività d’impresa che siano risultate connotate: *per un verso*, da atti o comportamenti caratterizzati da mancanza di competenza e di equilibrio *gestionali*; e *per un altro verso*, da condotte produttive di “*violazioni di legge*”: fenomeni riassunti per l’appunto, nella definizione sintetica di “*crisi di legalità*”³⁵.

Gli strumenti predisposti dal legislatore per ovviare alle situazioni di “crisi” delle imprese finanziarie – tanto provocate da difficoltà economiche, quanto dovute ad inadeguatezze gestionali ovvero “violazioni di legge” – appartengono principalmente alle seguenti tipologie:

- a) predisposizione obbligatoria di “Piani di Risanamento” (e di “Piani di Risoluzione”) preventivi;
- b) autorizzazione alla conclusione di accordi di “*sostegno finanziario di Gruppo*”;

³³ V. comunque, in argomento, BONFATTI, *La liquidazione coatta amministrativa delle SIM, delle SGR e delle SICAV*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014, 1007 ss., ID, *La L.C.A. delle SGR*, in *Il testo unico finanziario*, a cura di Cera e Presti, I, Bologna, 2020, 893 ss.

³⁴ Interventi autoritativi dall’esterno su imprese di diritto comune per le quali siano emerse situazioni di “crisi” non comportanti perdite di conto economico, crisi finanziarie, *deficit* patrimoniale, sono sostanzialmente circoscritti alla previsione della legittimazione dell’autorità giudiziaria (il tribunale) a disporre una “*ispezione dell’amministrazione della società*” (su richiesta di una minoranza qualificata dei soci ovvero degli organi di controllo interno), nella prospettiva della eventuale nomina di un amministratore giudiziario: ma è sufficiente che l’assemblea sostituisca gli amministratori e i sindaci in carica con “*soggetti di adeguata professionalità*” perché il procedimento si interrompa: art. 2409 cod. civ.

³⁵ La ragione della rilevanza di tale genere di “crisi” è normalmente rinvenuta nel carattere generale e “pubblico” degli interessi coinvolti dalla gestione di una impresa esercitante l’attività (bancaria o) finanziaria: BONFATTI, *Commento all’articolo 80*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia*, diretto da Capriglione, IV[^] ed., II, Vicenza, 2018, 1082 ss., spec. 1107 ss.; ID., *Commento all’articolo 80*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, diretto da Costi e Vella, Milano, 2019, 416 ss.

- c) esercizio di “poteri ingiuntivi”;
- d) adozione di misure di “intervento precoce”;
- e) disposizione dell’amministrazione straordinaria dell’intermediario;
- f) revoca dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività vigilata (ed assoggettamento a liquidazione coatta amministrativa);
- g) dissoluzione delle attività e delle passività dell’intermediario (procedura di “risoluzione”).

Il presente contributo prenderà in considerazione le prime due tipologie di intervento.

II – LE “MISURE PREPARATORIE”

9. La disciplina delle “Misure Preparatorie” (per le Sim “speciali”): il rinvio alle “definizioni” contenute nel Testo Unico Bancario

L’art. 55-bis T.U.F. dichiara applicabili le disposizioni contenute nel Capo I-bis (articoli da 55-bis a 55-quinquies), intitolato “*Piani di risanamento, sostegno finanziario di gruppo e intervento precoce*”, alle sole Sim cc.dd. “speciali”.

Ciò premesso, la norma aggiunge che “*ai fini del presente Capo si applicano le definizioni contenute nell’articolo 69-bis del Testo Unico Bancario*” (art. 55-bis, co. 2, T.U.F.).

Vengono quindi in considerazione le “disposizioni” dettate in funzione della disciplina degli istituti bancari delle “*Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa*”, contemplati nel Titolo IV del T.U.B.

Tale Titolo, infatti, profondamente modificato dai decreti legislativi (di recepimento della Direttiva 59/2014/UE – **BRRD** -) 16 novembre 2015, n. 180, e 16 novembre 2015, n. 181, si apre con una disposizione rivolta a dettare le “*definizioni*” di taluni istituti o di talune attività.

Questa esigenza di carattere “sistematico” si spiega con la notevole rilevanza delle modificazioni apportate al T.U.B. previgente nella materia delle misure previste per le situazioni di “crisi” (ovvero di pericolo di “crisi”) degli intermediari bancari (e degli intermediari finanziari in genere, stante gli ampi richiami alla normativa qui considerata, contenuti nel d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 – “Testo Unico della Finanza”: T.U.F.-, che per l’appunto disciplina gli intermediari finanziari diversi dalle banche). Il recepimento della direttiva comunitaria “BBRD”, infatti, ha comportato l’introduzione nell’ordinamento bancario nazionale – con riguardo alla disciplina delle situazioni di “crisi” o di “pre-crisi” (ma non soltanto) – *tanto* di nuove Autorità di Vigilanza; *quanto* di nuovi istituti volti a prevenire le situazioni di “crisi”, ovvero a favorirne la migliore composizione possibile.

Da qui l’esigenza di precisare, in via preliminare, il senso di termini ed espressioni sino ad ora inediti per il linguaggio normativo bancario, ma destinati ad indicare istituti chiamati a svolgere una funzione essenziale nell’ambito delle nuove discipline delle “crisi” bancarie e finanziarie.

9.1. La nozione di “alta dirigenza”

Per “alta dirigenza” dell’impresa bancaria (e finanziaria) si intendono “*il direttore generale, i vice-direttori generali e le cariche ad esse assimilate, i responsabili delle principali aree di affari e coloro che rispondono direttamente all’organo amministrativo*”. In precedenza tale espressione indicava “*le persone fisiche che esercitano funzioni esecutive in un ente e che sono responsabili della funzione quotidiana dell’ente e ne rispondono all’organo di gestione*”³⁶. Nella nuova definizione assumono

³⁶ RICCIARDIELLO, *Commento all’art. 69-bis*, in *Commentario breve al Testo Unico bancario*, diretto da Costi e Vella, Vicenza, 2019, 318.

rilievo figure molto facilmente identificabili nello “organigramma” dell’impresa bancaria (il direttore generale ed i vice-direttori generali); figure abbastanza facilmente identificabili (“*le cariche ad esse assimilate*”: per es. il Condirettore generale; ovvero il Direttore generale o Vice Direttore generale “*facente funzioni*” o ancora il Direttore generale o il Vice direttore generale “vicario”); figure identificabili non senza grandi difficoltà (“*responsabili delle principali aree di affari*”, nelle quali parrebbe lecito ricomprendere ad es. l’area “*commerciale*”; l’area “*finanziaria*”); e, infine, figure di incerta identificazione, in quanto caratterizzate dalla circostanza di rispondere “*direttamente all’organo amministrativo*”. Si deve peraltro ritenere che dall’esame del Regolamento della gestione del personale della banca, o documento equivalente, il rapporto di dipendenza gerarchica (se con l’organo di amministrazione *direttamente*, ovvero con un organo intermedio) del singolo interessato sia ricostruibile senza eccessive ambiguità.

La definizione di “alta dirigenza” viene in considerazione in relazione ai requisiti di *onorabilità* e di *professionalità* che devono possedere i soggetti investiti di funzioni manageriali³⁷; in relazione ai requisiti che i membri dell’organo di gestione ed i componenti dell’alta dirigenza dell’istituto aspirante all’acquisizione di una “partecipazione qualificata” in un ente creditizio devono possedere, perché l’autorizzazione sia concessa, allorché quei soggetti, in seguito alla acquisizione della partecipazione rilevante, assumano un ruolo idoneo a determinare l’orientamento dell’ente creditizio. (cfr. artt. 23 e 91 della direttiva n. 2013/36/UE - CRDIV -); ed in relazione alla disciplina del *removal* c.d. “individuale” (che può peraltro assumere anche le forme del *removal* c.d. “plurimo”). Con riguardo a quest’ultimo istituto, trattasi del potere della Banca d’Italia, al ricorrere dei presupposti indicati all’articolo 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b) T.U.B. (vale a dire: “*quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell’amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo, e sempre che gli interventi indicati nella medesima lettera a) o quelli previsti negli articoli 53-bis e 67-ter non siano sufficienti per porre rimedio alla situazione...*”), di disporre la rimozione (oltre che dei componenti degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo, anche) “*di uno o più componenti dell’alta direzione di una banca o di una società capogruppo di un gruppo bancario*”.

9.2. La nozione di “autorità di risoluzione a livello di gruppo”

La definizione di “autorità di risoluzione a livello di gruppo”, delineata alla lettera b) della norma in commento, recepisce quella riportata all’art. 2, n. 44, della direttiva comunitaria 59/2014/UE (BRRD), che la individua nell’ “*autorità di risoluzione*” dello Stato Comunitario nel quale si trova l’Autorità di Vigilanza su base consolidata. “*Si tratta di un’importante novità che designa il passaggio dal sistema del controllo del luogo di ubicazione della società bancaria (**host country control**) a quello in vigore per effetto della riforma che introduce un criterio di accentramento della vigilanza su base consolidata in capo alla autorità di risoluzione del luogo di incorporazione della*

³⁷ RICCIARDIELLO, *op. loc. ultt. citt.*

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

capogruppo (home country control). Si tratta di una autorità amministrativa pubblica dotata di poteri autoritativi (art. 3, co. 2, BRRD)”³⁸.

Possono essere “Autorità di risoluzione” le banche centrali nazionali, i ministeri competenti ovvero altre autorità amministrative pubbliche o autorità cui sono conferiti poteri amministrativi pubblici. È anche possibile prevedere che l’autorità di risoluzione sia l’autorità competente per la vigilanza ai fini del reg. (UE) n. 575/2013 e della dir. 2013/36/UE. Gli Stati membri provvedono a che, in seno alle autorità competenti, banche centrali nazionali, ministeri competenti ovvero altre autorità, vi sia indipendenza operativa tra la funzione di risoluzione e la funzione di vigilanza o altre funzioni dell’autorità in questione³⁹.

Nell’ordinamento bancario nazionale la funzione di “Autorità di Risoluzione” è stata attribuita alla Banca d’Italia (cfr. art. 3 d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180). È stata così istituita l’Unità di Risoluzione e gestione delle crisi, la quale svolge i compiti istruttori ed operativi del Meccanismo di Risoluzione Unico, e gestisce le procedure di L.C.A. degli intermediari bancari e finanziari. Secondo quanto disposto dall’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 180/2015, “*la Banca d’Italia svolge le funzioni ed esercita i poteri disciplinati dal presente decreto in qualità di autorità di risoluzione di gruppo nei confronti dei gruppi quando essa è l’autorità di vigilanza su base consolidata in base al Regolamento (UE) n. 575/2013, anche se la vigilanza su base consolidata è svolta dalla Banca Centrale Europea ai sensi del Regolamento (UE) n. 1024/2013*”.

9.3. La definizione di “depositi”

La nozione di “depositi” rilevante ai fini della applicazione della disciplina delle “crisi” bancarie (in senso lato) si rifà alla nozione di “raccolta di risparmio tra il pubblico” delineata dall’art. 10 T.U.B. Quest’ultima nozione, peraltro, comprende anche (cfr. art. 11 T.U.B.) la raccolta di fondi con obbligo di rimborso anche sotto forma diversa dal “deposito” propriamente detto, che deve ritenersi circoscritto alla operazione di raccolta, da parte della banca, con obbligo di rimborso, di *denaro* e non già – invece – di *strumenti finanziari* di cui all’art. 2 T.U.F., ovvero il cui capitale è rimborsabile solo in forza di accordi specifici e garanzie concordati con la banca o con terzi⁴⁰.

Sono altresì esclusi dalla nozione di “depositi” i certificati di deposito “*rappresentati da valori mobiliari emessi in serie*”.

9.4. La nozione di “depositi ammissibili al rimborso” e di “depositi protetti”

Le due definizioni di cui alle lettere d) ed e) della norma in commento definiscono le categorie di “risparmi” che godono, nell’eventualità dell’apertura di una “crisi” nei confronti di una impresa bancaria, di una particolare “protezione”, ovvero di una (tendenziale) garanzia di “rimborso”. Con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30 è stata data attuazione alla dir. 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, che costituisce, insieme al *Single Resolution Mechanism*, pilastro dell’Unione Bancaria Europea. Il sistema di garanzia dei

³⁸ RICCIARDIELLO, *op. loc. ultt.citt.*

³⁹ RICCIARDIELLO, *op. loc. ultt. citt.*

⁴⁰ RICCIARDIELLO, *op. cit.*, 319.

depositi assume particolare importanza in funzione delle risoluzioni bancarie in quanto garantisce la fiducia che i depositanti ripongono sul diritto al rimborso dei fondi depositati. La disciplina europea si preoccupa di fissare il c.d. “perimetro protetto” dai sistemi di garanzia⁴¹. Sono qualificabili “depositi ammissibili al rimborso” quelli che beneficiano dei sistemi di “garanzia dei depositi” (*rectius*: garanzia dei “depositanti”), ai quali le banche devono obbligatoriamente aderire, per poter avviare l’esercizio dell’attività creditizia e per poterlo continuare nel tempo. Sono tali, per quanto disposto dall’art. 96-*bis*, co. 1 e 2, T.U.B., i fondi “*acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione sotto forma di depositi o sotto altra forma nonché gli assegni circolari e gli altri titoli di credito ad essi assimilabili*”. Sono esclusi i depositi effettuati in nome e per conto proprio dalle banche, enti finanziari, imprese di investimento, imprese di assicurazione, imprese di riassicurazione, OICR, Fondi pensione ed enti pubblici: ciò in considerazione della natura professionale dei depositanti in questione (forse meglio definibili “investitori”), che si presumono in grado di valutare il grado di rischiosità della singola banca depositaria⁴². Sono inoltre esclusi dalla categoria in discussione i fondi propri definiti dall’art. 4, par. 1, punto 118, reg. (UE) n. 575/2013, ovvero il capitale *tier 1* e *tier 2* che formano il patrimonio di vigilanza, e i depositi derivanti da transazioni per le quali siano state pronunciate condanne definitive per reati di riciclaggio ed i cui fondi siano destinati alla confisca, le obbligazioni ed i crediti derivanti da accettazioni su titoli di credito ed operazioni in titoli⁴³.

I “depositi protetti” costituiscono una sotto-categoria dei depositi ammissibili al rimborso, costituiti da quei depositi (ovvero *quella parte* dei depositi) ammissibili al rimborso, che non supera il limite di rimborso da parte del sistema di garanzia dei depositanti al quale la banca – come detto – (deve aderire, e quindi) aderisce. Per effetto del disposto dell’art. 96-*bis*, co. 4, T.U.B., il limite di accessibilità al sistema di garanzia dei *depositanti* è pari a 100.000,00 euro per ciascun depositante, *a prescindere dal numero dei rapporti di deposito intrattenuti con la banca*. Detto limite non si applica nei nove mesi successivi al loro accredito, o al momento in cui divengono disponibili, ai depositi di persone fisiche aventi ad oggetto importi derivanti da: a) operazioni relative al trasferimento o alla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazione; b) divorzio, pensionamento, scioglimento del rapporto di lavoro, invalidità o morte; c) il pagamento di prestazioni assicurative, di risarcimenti o indennizzi in relazione a danni per fatti considerati dalla legge come reati contro la persona o per ingiusta detenzione. La disapplicazione temporanea del limite massimo rimborsabile si riferisce alle sole persone fisiche, trattandosi di pagamenti connessi ad eventi di particolare impatto sociale. In caso di depositi cointestati a due o più persone partecipanti ad un ente privo di personalità giuridica, i depositi sono trattati in modo unitario, come se appartenessero ad un solo soggetto, senza possibilità di cumulo del limite previsto. Se più soggetti hanno pieno diritto sulle somme depositate su un conto, la quota spettante a ciascuno di essi è considerata nel calcolo. Infine si tiene conto della compensazione di eventuali debiti del depositante nei confronti della banca, se esigibili alla data in cui si producono gli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nella

⁴¹ BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *R. d. banc.*, 2016, n. 6, 1 ss.

⁴² BONFATTI, *La disciplina ecc.*, cit.; RICCIARDIELLO, *op. cit.*, 319

⁴³ RICCIARDIELLO, *op.loc.ultt.citt.*

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI”
DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI**

misura in cui la compensazione è possibile a norma delle disposizioni di legge o di previsioni contrattuali applicabili⁴⁴.

I depositi “ammissibili al rimborso”, ma eccedenti l’ammontare per il quale sono ammessi alla “protezione” dei sistemi di garanzia (di massima, quindi, eccedenti l’importo di 100.000,00 euro), sono tutelati non già attraverso la previsione di un obbligo di rimborso da parte di un terzo (il Fondo di garanzia dei depositanti), *bensì* da una collocazione preferenziale, nel contesto del soddisfacimento delle passività della banca “decotta”, rispetto agli altri creditori: assumendo così una possibile definizione di “depositi preferiti”⁴⁵.

A seguito dell’integrazione apportata dal d. lgs n. 181/2015, l’art. 91, co.1-*bis*, T.U.B. afferma che, nel contesto della L.C.A. dell’impresa bancaria:

“ 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. 1, commi 3 e 4 [cioè 100.000,00 euro, ovvero i “depositi protetti speciali” – infra –];*

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) *(omissis)*

3) *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”.*

La norma fa riferimento alla nozione di “*depositi ammissibili al rimborso*”, la cui definizione è rintracciabile nell’art. 69-*bis*, co. 1, lett. d) T.U.B., secondo il quale per “*depositi ammissibili al rimborso*” si intendono quelli che sono “*astrattamente idonei ad essere rimborsati da parte di un sistema di garanzia dei depositanti*” ai sensi dell’art. 96-*bis*.1, commi 1 e 2, t.u.b.: e tali disposizioni, a loro volta, precisano che “*sono ammissibili al rimborso i crediti ... relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione ...*”, ma **con esclusione** (tra gli altri) di:

a) depositi effettuati da **banche, enti finanziari, enti pubblici, et similia;**

⁴⁴ RICCIARDIELLO, *op. cit.*, 320; più in generale MACCARONE, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, in *L’Unione Bancaria Europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, 2016, 579; GRECO, *Note minime sulla protezione dei depositanti bancari dopo il recepimento della direttiva 2014/49/UE. Commento al d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30*, in *R. reg. mercati*, 2016, 127 ss.; BONFATTI, *op. cit.*, 28.

⁴⁵ BONFATTI, *La disciplina ecc.*, cit., 18 ss.

b) **obbligazioni ... e operazioni in titoli**".

Il sopraccitato art. 91 T.U.B. fa riferimento anche alla nozione di "depositi protetti", il cui perimetro è già stato delineato.

Da tali interventi è pertanto legittimo desumere:

A) che rispetto "*agli altri crediti chirografari*" sono soddisfatti con priorità, ma in via gradata, tre categorie di crediti⁴⁶ derivanti da rapporti di deposito bancario:

(I) i "**depositi protetti**", intendendo per tali

i. i cc.dd. "*depositi protetti stricto sensu*", costituiti dai depositi ammissibili al rimborso di importo non superiore a 100.000,00 euro; e

ii. i cc.dd. "*depositi protetti speciali*", costituiti dai depositi ammissibili al rimborso anche di importo superiore a 100.000,00 euro, ma detenuti a) da persone fisiche; e b) da non più di 9 mesi; quando c) derivanti dalle particolari operazioni previste dall'art. 96-bis.1, co. 4, t.u.b. (*supra*);

(II) la parte dei depositi "*ammissibili al rimborso*" (quindi detenuti da persone fisiche, micro imprese, piccole e medie imprese) – ma diversi dai "depositi protetti speciali" – superiore ad euro 100.000,00; e

(III) tutti "*gli altri depositi presso la banca*";

B) che la preferenza (sia pure "gradata") della terza categoria di depositi rispetto agli altri creditori chirografari riguarderà le sole procedure di "crisi" bancarie "*iniziate dopo il 1° gennaio 2019*"; e

C) che la disciplina della *depositor preference* ("estesa" o non), nei termini che stiamo considerando, si applica alle procedure di "crisi" delle banche tanto allorché le stesse assumano la forma della (tradizionale) liquidazione coatta amministrativa, quanto nelle ipotesi (innovative) di "**risoluzione**" della banca⁴⁷.

9.5. La nozione di "provvedimenti di risanamento"

Sono definiti "provvedimenti di risanamento":

i) la procedura di Amministrazione straordinaria disciplinata dagli art. 70 ss. T.U.B.⁴⁸;

ii) la riduzione o conversione di azioni, di altre partecipazioni e di strumenti di capitale (cfr. artt. 27 ss. d. lgs n. 180/2015);

⁴⁶ Ricorre alla nozione di "classe" DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, intervento alla cerimonia di intitolazione dell'Aula "Francesco Parrillo" dell'Università degli studi di Roma La Sapienza, 27 aprile 2016 (in www.dirittobancario.it)

⁴⁷ DE POLIS, *op cit.*

⁴⁸ Sulle ragioni del "*posizionamento della amministrazione straordinaria in un ambito che è fuori dalla gestione della crisi, e, dunque, [delle] modifiche recate alla sua originale regolazione*", v. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 69-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, IV^a ed., II, Vicenza, 2018, 840.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

- iii) la procedura di risoluzione (cfr. artt. 32 ss. d. lgs. n. 180/2015);
- iv) le “misure di risoluzione” disciplinate negli artt. 39 ss. d. lgs. n. 180/2015;
- v) le misure equivalenti a quelle di cui sopra adottate da autorità di altri Stati comunitari.

9.6. La definizione di “risoluzione”

La definizione di “risoluzione” di cui la lettera g) della norma in commento vuole dare esplicitazione non si riferisce (soltanto) ad una “procedura”, bensì – come recita il richiamato art. 1, co. 1, lett. uu), d. lgs. n. 180/2015, “*la applicazione di una delle misure previste al Titolo IV, Capo IV, d. lgs. n. 180/2015, per realizzare gli obiettivi indicati nell’articolo 21*” -, alla salvaguardia della “*continuità delle funzioni essenziali*” delle banche; alla “*stabilità finanziaria; al contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche; alla tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi o delle altre attività della clientela*”. Si tratta dunque delle “misure” rappresentate da:

- cessione di beni e rapporti giuridici a un soggetto terzo;
- cessione di beni e rapporti giuridici a un ente – ponte;
- cessione di beni e rapporti giuridici a una società – veicolo per la gestione delle attività; e del
- *bail-in*⁴⁹.

9.7. La definizione di “sistema di tutela istituzionale”

È qualificabile “sistema di tutela istituzionale” l’accordo riconosciuto dalla Banca d’Italia ai sensi dell’art. 113, par. 7, del Regolamento (UE) n. 75/2013. Si tratta di un accordo che consente alle banche di derogare ai criteri di ponderazione del rischio delle proprie esposizioni, ricorrendo determinate condizioni. In particolare le banche possono essere esonerate dalla applicazione di alcuni dei requisiti (ma non di tutte le tipologie) richiesti ai fini delle “coperture” patrimoniali dei rischi assunti, nei confronti di controparti con le quali sia intervenuto un accordo di responsabilità contrattuale nel contesto di un sistema istituzionale che garantisce la solubilità del prestatore. “*Si ha riguardo, quindi, ad un meccanismo rilevante ai fini di vigilanza prudenziale, essendo volto ad assicurare la coerenza, l’efficacia, la trasparenza di quest’ultima con riguardo all’osservanza, da parte degli aderenti all’accordo, dei requisiti patrimoniali (come previsti nel richiamato Regolamento Capital Requirements Regulation, CRR). Sulla base delle precisazioni fornite dalla stessa BCE per la valutazione della ammissibilità dei sistemi di tutela istituzionale (Institutional protection schemes, IPS), le autorità competenti possono, in conformità alle condizioni stabilite nel CRR, derogare all’applicazione di determinati*

⁴⁹ In argomento v. CAPRIGLIONE, *Commento all’art. 69-bis*, cit., 841; CAPRIGLIONE – TROISI, *L’ordinamento finanziario dell’UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014, p. 98; LOIACONO, *L’unione bancaria e il possibile impatto dei nuovi strumenti di risoluzione delle crisi: un’analisi empirica*, in *Federalismi.it*, 2015; ROSSANO D., *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017, 88.

requisiti prudenziali o concedere agli enti che aderiscono agli IPS alcune deroghe. Infatti, detta istituzione europea ha stabilito i criteri cui devono conformarsi le valutazioni relative alle singole richieste di autorizzazione prudenziale di cui all'art. 113, par. 7, del CRR da parte di enti creditizi vigilati aderenti ai nominati IPS⁵⁰,⁵¹. Secondo quanto riferito dalla BCE⁵², alla data di elaborazione del documento (2015-2016) aderivano ai sistemi di tutela istituzionale circa il 50% degli enti creditizi dell'area dell'euro, che rappresentavano intorno al 10% delle attività totali del sistema bancario, con una partecipazione di enti "significativi" e non, fermo restando che le banche cooperative e le casse di risparmio costituivano i due principali settori nei quali si registrava la loro presenza.

9.8. La definizione di "sostegno finanziario pubblico straordinario"

La definizione in esame fa principalmente riferimento ai cc. dd. "aiuti di Stato": quegli interventi di natura pubblica, cioè, ai quali nel passato si è ricorso per sostenere il "salvataggio" delle banche in "crisi" - facendolo pesare sulla generalità dei cittadini, in quanto contribuenti, e come tali fornitori della "provvista" utilizzata dallo Stato per gli interventi *de quibus* -, che la direttiva 59/2014/UE (BRRD) vorrebbe tendenzialmente abolire, anche in funzione del sistema concorrenziale, che sarebbe falsato o minacciato in presenza di "aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma", in grado di favorire talune imprese o talune produzioni⁵³. Fermo il divieto, in linea di principio, di disporre più forme di sostegno finanziario pubblico straordinario in casi di crisi bancarie (art. 31, par.2, lett. c), direttiva n. 59/2014/UE, e art. 14 del Regolamento n. 806/2014), eccezioni sono consentiti soltanto quando ricorra la necessità di "evitare o rimediare ad una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro e preservare la stabilità finanziaria" (art. 32, par. 4, lett. d), direttiva comunitaria n. 59/2014/UE).

L'applicazione del nuovo sistema normativo in materia di tendenziale divieto, almeno "sulla carta", degli "aiuti di Stato", ha registrato approcci non sempre omogenei, dal punto di vista per c.d. "temporale", che si è tradotto anche in una disparità di trattamento tra ordinamenti bancari nazionali, secondo la Commissione Europea – competente per la concessione delle autorizzazioni alla concessione di aiuti di Stato alle banche nazionali-⁵⁴.

In campo nazionale significativo è l'approccio "flessibile" che ha caratterizzato il d.l.-23 dicembre 2016, n. 237 (c.d. "salva risparmio"), convertito nella legge 17 febbraio

⁵⁰ Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Guida all'approccio per il riconoscimento dei sistemi di tutela istituzionale a fini prudenziali*, luglio 2016.

⁵¹ CAPRIGLIONE, *Commento ecc.*, cit., 843.

⁵² *Guida all'approccio per il riconoscimento del sistema di tutela istituzionale ecc.*, cit.,

⁵³ V. in argomento CAPRIGLIONE, *Commento ecc.*, cit., II, 844.

⁵⁴ Cfr. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 1339 ss.: "Fra il 2008 e il 31 dicembre 2010 sono stati effettivamente utilizzati 1608 miliardi di euro a sostegno delle istituzioni finanziarie ... (fermo restando che) ... il 60% degli aiuti complessivi utilizzati è stato destinato a tre stati membri: l'Irlanda (25%), il Regno Unito (18%) e la Germania (15%) (cfr. il Comunicato stampa della Commissione europea IP/11/1488 del dicembre 2011, nel quale si puntualizza l'ammontare degli "aiuti nazionali a favore del settore finanziario effettivamente utilizzate dalle banche tra l'ottobre 2008 e il 3 dicembre 2010"): dato che segnala un'evidente situazione sperequata all'interno dell'UE nel riparto degli interventi in parola".

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

2017, n. 15, contenente provvedimenti a favore di alcune banche italiane che versavano in condizioni di grave difficoltà: decreto ritenuto in sede tecnica compatibile con la disciplina europea sugli aiuti di Stato “*intervenendo nel pieno rispetto delle norme internazionali ... (nel recare) ... misure di sostegno pubblico della liquidità e del capitale delle banche che ne abbiano bisogno*”, per le quali sono stati stanziati fondi di rilevante ammontare⁵⁵. Tale intervento ha consentito in particolare di realizzare una favorevole conclusione della vicenda che ha coinvolto la banca Monte Paschi di Siena, conseguente al fallimento della operazione di conversione (volontaria) in azioni delle obbligazioni subordinate emesse da tale Istituto⁵⁶.

Diversamente è a dirsi, invece, per quanto ha riguardato la gestione delle situazioni di “crisi” delle “Due Venete” (Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza), per le quali, stante la contraddittorietà delle posizioni assunte dalle varie autorità competenti ad esprimersi sulla ammissibilità del ricorso ad “aiuti di Stato”⁵⁷, non si è potuto fare altro che assoggettarle alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, sia pure accompagnata da un provvedimento normativo speciale (d.-l. 25 giugno 2017, n. 99, convertito dalla legge 31 luglio 2017, n. 121), al fine di disciplinare la cessione di attività e passività ad una banca “terza” (Banca Intesa San Paolo).

9.9. La definizione di “succursale significativa”

L’ultima definizione propedeutica allo svolgimento della disciplina delle “*misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa*” qualifica “*succursale significativa*” quella rappresentata da “*una succursale di una banca di uno Stato comunitario considerata significativa dalla Banca d’Italia*”: trattasi delle succursali che sarebbero considerate significative in uno Stato membro ospitante ai sensi dell’art. 51, par. 1, dir. 36/2013/UE (v. art. 2, n. 34, dir. 59/2014/UE)⁵⁸.

10. Il “Piano di risanamento” (individuale e di gruppo)

Tra gli istituti che vengono ricompresi nel perimetro della disciplina delle situazioni di “crisi” degli intermediari finanziari (ma, come si è già detto, e come si ripeterà, limitatamente alle Sim “speciali”) è ricompreso il “Piano di Risanamento”, che questi – come vedremo – sono tenuti a predisporre⁵⁹. Non già, peraltro, come strumento funzionale ad affrontare una “crisi” in atto, bensì come strumento funzionale a fronteggiare situazioni di “crisi” soltanto *possibili; future; eventuali*, e dunque anche destinate a non manifestarsi né nell’immediato, né in un futuro remoto.

Ciò conduce ad una conclusione di grande rilievo sistematico: l’intermediario finanziario deve predisporre – e sottoporre all’esame ed all’approvazione dell’Autorità di Vigilanza,

⁵⁵ Cfr. BARBAGALLO, *Audizione sul decreto legge 23 dicembre 2016 n. 237*, Commissioni riunite del Senato della Repubblica (Finanze e Tesoro) e VI della Camera dei Deputati (Finanze), Roma, 17 gennaio, 2017) – CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 845.

⁵⁶ Cfr. ROSSANO D., *Il decreto “salva risparmio” e la vicenda MPS*, in *dirittobancario.it*, 24 dicembre 2016.

⁵⁷ Cfr. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 845

⁵⁸ RICCIARDIELLO, *Commento all’art. 69-bis*, cit., 321.

⁵⁹ ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, X^a ed., Torino, 2020, 269 ss.; RICCIARDIELLO, *Commento all’art. 69-bis*, in *Commentario breve ecc.*, diretto da COSTI e VELLA, cit., 317 ss.

come si dirà - un “Piano di Risanamento”, **nonostante l’attuale condizione di piena ed indiscussa regolarità gestionale, amministrativa ed economico-finanziaria.**

E’ pertanto evidente che il “Piano” dovrà essere impostato sulla base di *presunzioni* di possibili, futuri scenari di difficoltà economiche o finanziarie⁶⁰: quindi, predisposto previa la applicazione di *stress test*, che simulino gli effetti di fenomeni negativi concernenti lo sviluppo della gestione aziendale, al fine di individuare – e predisporre – gli strumenti di intervento atti a conseguire il riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria dell’intermediario.

10.1. La funzione dell’istituto

Come è stato opportunamente notato⁶¹ la funzione del “Piano” non si esaurisce nella individuazione di quali misure (del genere: dismissione di *assets* o di partecipazioni, soppressione di servizi, riduzione della rete territoriale, ecc.) sarebbero in concreto adottabili per fronteggiare le prefigurate situazioni di “crisi”: ma è anche (e forse, specie nel breve tempo, soprattutto) quella di imporre “*una completa ricognizione della struttura (legale, organizzativa e finanziaria) dell’ente, delle sue principali linee di business, funzioni essenziali ed interconnessioni (con altri enti e con il sistema finanziario), oltre che dei rischi a cui esso è esposto*”, così conseguendo “*una qualificata e aggiornata fonte informativa, sia per le autorità... che per gli organi dello stesso intermediario...*”.

10.2. Presupposti soggettivi

L’istituto del “Piano di Risanamento” (individuale), disciplinato dagli artt. 55-*bis* ss. T.U.F., è applicabile “*alle Sim aventi sede in Italia che prestano uno o più dei seguenti servizi o attività di investimento: a) negoziazione per conto proprio; b) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; c) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione*”⁶².

Nell’ipotesi di “gruppo” finanziario, qualificato tale ai sensi dell’art. 11 T.U.F., la capogruppo (“*società posta al vertice*”) è tenuta a dotarsi di un “Piano di risanamento di gruppo” nei casi e secondo quanto disposto in materia di *gruppo bancario* (cfr. art. 69 – *quinquies* T.U.B.)

10.3 La disciplina dell’istituto

La disciplina del “Piano di risanamento” individuale delle Sim che vi sono soggette (come quello concernente il “Gruppo” finanziario) è determinata attraverso il rinvio alle

⁶⁰ Il “Piano” deve essere rivolto a consentire il “*riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento*”. Vengono prese in considerazione, pertanto, le sole (ipotetiche) “crisi economiche”. Non vengono prese in considerazione le possibili “crisi di legalità”, sul presupposto, evidentemente, che gli intermediari non vi debbano incorrere (ovvero sul presupposto che la disciplina di settore – ivi compresa quella concernente la c.d. “Vigilanza Informativa” e la c.d. “Vigilanza Ispettiva” – preveda meccanismi correttivi sufficientemente efficaci).

⁶¹ BENTIVEGNA – DE POLIS, *Commento agli artt. 69-ter e seguenti*, in *Commentario al testo unico ecc.*, diretto da CAPRIGLIONE, *cit.*, 850. In argomento v. anche RICCIARDIELLO, *op. cit.*, 317 ss.; SPINA – BIKOULA, *Dal bail-in al bail-out*, Milano, 2015, 60 ss.; BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, VI^a ed., Milano, 2018, 270 ss.

⁶² Non sono tenute a dotarsi del “Piano” le Sim appartenenti ad un gruppo bancario: art. 55 –*ter*, co.1. T.U.F. V. in argomento ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, *cit.*, 285.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

disposizioni relative al corrispondente istituto previsto per le imprese bancarie (artt. 69-ter ss. T.U.B.).

E' richiamato, in particolare, l'art. 69 – *quater* T.U.B., il quale dispone che il “Piano”:

- (i) preveda l'adozione di misure volte al riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo specifico deterioramento;
- (ii) sia approvato dall'organo amministrativo dell'intermediario;
- (iii) sia sottoposto all'Autorità di Vigilanza;
- (iv) sia riesaminato, e se necessario aggiornato, almeno annualmente, o con la maggiore frequenza richiesta dalla Autorità di Vigilanza.

La valutazione dei “Piani di risanamento” individuali delle Sim è attribuita alla Banca d'Italia – “*sentita la Consob per i profili di competenza*” – , che procede “*secondo quanto previsto dagli articoli 69-sexies e 69-septies*” del T.U.B. –: i quali prevedono, *inter alia*, che il “Piano” sia trasmesso dalla Banca d'Italia “*all'autorità di risoluzione per la formulazione di eventuali raccomandazioni....*”; e che la Banca d'Italia possa richiedere all'intermediario di apportare modifiche specifiche al “Piano” ovvero all'attività, alla struttura organizzativa o alla forma giuridica dell'ente, nonché “*ordinare altre misure necessarie per conseguire le finalità del piano*” (cfr. art. 69–sexies T.U.B.).

11. Il sostegno finanziario di gruppo

L'art. 55-*quater* T.U.F. consente alle “*Sim appartenenti a un gruppo ai sensi dell'art. 11*” di “*concludere con altre componenti del gruppo accordi per fornire sostegno finanziario per il caso in cui per una di esse si realizzino i presupposti dell'intervento precoce ai sensi dell'articolo 55-quinquies*”. A tali accordi si applicano – se conclusi –, in quanto compatibili, “*gli articoli (da) 69-duodecies (a) septiesdecies del Testo Unico Bancario*”⁶³.

Si tratta dunque, anche in questo caso, di una misura precauzionale adottata in un momento nel quale nessuna “crisi” è necessariamente in atto - anzi, come si vedrà, ove ne fossero già presenti i presupposti, *la misura precauzionale sarebbe inammissibile*, dovendosi ricorrere, piuttosto, a rimedi immediatamente correttivi delle cause della situazione di difficoltà -; nonché, ancora una volta, del risultato dell'analisi di possibili scenari di “crisi” nei confronti di un intermediario, per i quali si considerano e si programmano i rimedi disponibili, in funzione del loro superamento (o della loro composizione).

La particolarità del caso di specie è rappresentata dalla circostanza che gli strumenti apprestati per il superamento di una possibile crisi di un determinato intermediario non si

⁶³ In argomento ANNUNZIATA, *op. cit.*, 285; SACCO GINEVRI, *Commento all'articolo 69-duodecies*, in *Commentario al Testo Unico ecc.*, diretto da CAPRIGLIONE, *cit.*; PISTOCCHI, *Commento all'articolo 69-terdecies e sexiesdecies*, *ivi*, 920 ss. e 948 ss.; RULLI, *Commento all'articolo 69-quaterdecies e quinquiesdecies*, *ivi*, 923 ss. e 936 ss.; CAGNASSO e SACCO GINEVRI, *Commento all'articolo 69-septiesdecies*, *ivi*, 951 ss.; SPINA – BIKOULA, *op. loc. ultt. citt.*; RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 2016.

immaginano ricavabili dal suo patrimonio (o dalle attività suscettibili di essere poste in essere dallo stesso, in via generale), bensì dall'intervento di diversi intermediari, facenti parte del "gruppo" (finanziario o bancario) al quale appartiene l'intermediario interessato.

E va da sé che tali "reti di salvataggio" possano essere predisposte anche in via reciproca.

La circostanza che gli interventi, programmati per fronteggiare una possibile situazione di "crisi" dell'intermediario, siano destinati ad incidere su, e coinvolgere i, patrimoni di intermediari diversi, pone alcune questioni inedite rispetto a quelle originate dalla necessaria previsione dei "Piani di Risanamento", le principali tra le quali sono rappresentate da:

- (i) la valutazione della possibilità di prevedere questa misura di prevenzione della "crisi" come *necessaria* – alla stregua di quello che avviene per il "Piano di risanamento", che, come visto, deve essere *obbligatoriamente* predisposto, nonché, se del caso, corretto ed integrato secondo le eventuali indicazioni, anche specifiche, dell'Autorità di Vigilanza –, piuttosto che, invece, soltanto come "possibile";
- (ii) i riflessi dell'adozione di tale misura sul principio dell'autonomia patrimoniale dei singoli intermediari finanziari – in quanto *obbligatoriamente* costituiti nella forma di persone giuridiche –, in particolare quelli *diversi* dall'intermediario di cui si programma il possibile soccorso, con la conseguente, necessaria considerazione della tutela; a) degli interessi *dei soci* di ciascun intermediario; e b) delle ragioni dei *creditori* degli intermediari coinvolti nel "sostegno finanziario";
- (iii) le possibili ricadute della crisi del singolo intermediario sulla stabilità anche degli altri intermediari facenti parte dello stesso "gruppo", in conseguenza degli eventuali vincoli di necessario intervento in favore dell'ente in difficoltà, suscettibili di creare i presupposti di un "contagio" di portata superiore a quella che sarebbe conseguita alla semplice ed *isolata* situazione di crisi dell'intermediario, beneficiario del programmato "mutuo soccorso".

La disciplina dell'istituto – integralmente ricavata, come segnalato, per rinvio alla corrispondente misura prevista per la disciplina delle crisi delle banche (e dei gruppi bancari) – tiene puntualmente conto delle esigenze rappresentate, nel momento in cui – come vedremo, più in dettaglio, in prosieguo -:

- (i) attribuisce *natura facoltativa* all'adozione delle misure in esame;
- (ii) consente l'adozione di tali misure *in chiave prospettica* e non in funzione del tentativo di superamento di una condizione di crisi *già in atto*;
- (iii) assoggetta l'efficacia dell'accordo all'autorizzazione della Banca d'Italia, quale Autorità competente⁶⁴, chiamata a valutare la sussistenza di precise condizioni di ammissibilità;
- (iv) pretende che la concessione del sostegno finanziario non metta a repentaglio la liquidità e solvibilità dell'intermediario che lo presta;

⁶⁴ Ovvero della Banca Centrale Europea, ove Autorità competente a fini di vigilanza ai sensi del Regolamento SSM.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

- (v) pretende che il sostegno finanziario programmato, benché rivolto in favore di altro intermediario (appartenente al “gruppo”), risulti prestato “(anche) *nell’interesse della società del gruppo che fornisce il sostegno*”;
- (vi) pretende che l’accordo di sostegno finanziario di gruppo, una volta autorizzato dall’Autorità di Vigilanza, sia: a) accompagnato da “*un parere predisposto dai componenti indipendenti dell’organo amministrativo, sull’interesse della società ad aderire all’accordo nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni*” e; b) approvato dall’assemblea straordinaria dei soci (*ibidem*), alla quale l’organo amministrativo “*riferisce annualmente... in merito all’esecuzione dell’accordo*”⁶⁵;
- (vii) prevede che la delibera di approvazione di un accordo di sostegno finanziario di gruppo sia pubblicata con gli stessi mezzi previsti per la pubblicazione delle informazioni (art. 53, co.1, lett. d) T.U.B.) concernenti il governo societario, l’organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni ed i sistemi di remunerazione ed incentivazione.

11.1. L’origine comunitaria dell’Istituto

Come già segnalato più volte, il decreto legislativo 16 novembre 2015, n.181 ha apportato significative modifiche al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (“Testo Unico delle leggi in materia Bancaria e creditizia”: T.U.B.), in attuazione della direttiva comunitaria 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, che ha istituito un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (BRRD: il quadro è completato dal regolamento delegato dalla Commissione 2016/1075/UE, dal regolamento di esecuzione 2016/911/UE e dalle Linee guida EBA del 9 luglio 2015) .

Per ciò che concerne l’argomento preso in esame in questa sede, la Direttiva comunitaria è partita dalla considerazione che in presenza di una organizzazione di **gruppo** operante a livello **transfrontaliero**, soggetta a discipline del diritto societario e concorsuale diverse, la necessità di rapida soluzione e prevenzione della crisi può essere messa a repentaglio dalla specialità degli ordinamenti di appartenenza degli enti coinvolti ⁶⁶.

A tale proposito è stato osservato che la mancanza di una **disciplina armonizzata** ha favorito condotte opportunistiche e protettive da parte degli Stati membri che, pur di evitare il contagio, hanno imposto misure restrittive al sostegno finanziario attraverso il

⁶⁵ In tale caso la revoca della precedente delibera assembleare di approvazione dell’accordo “*diviene efficace solo a seguito della predisposizione di un piano di risoluzione individuale o di gruppo che tenga conto delle mutate circostanze o, in ogni caso, decorsi 12 mesi dalla revoca*” – art. 69-quaterdecies, co. 4, seconda parte -.

⁶⁶ GALANTI, *I gruppi nella Proposta di Direttiva sul nuovo quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Diritto della banca del mercato finanziario*, Pisa, 2013, 654 ss.; nonché BONFATTI, *Le procedure di prevenzione di regolazione delle situazioni di “crisi delle banche nella prospettiva della integrazione comunitaria”*, in *Crisi d’impresa e insolvenza*, *www.ilcaso. it*, 19. 11. 2013, 15 s.s. Le “*criticità applicative degli accordi in una dimensione transazionale*” sono evidenziate da MARRA, *Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo ex artt. 69-duodecies ss. T.U.B.: operatività e questioni aperte*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 1/2020, 231 ss., spec., 249 ss.

congelamento degli attivi⁶⁷. Per quanto ci interessa in questa sede, l'art. 1, co.10, d.lgs. n. 181/2015 ha sostituito la rubrica del Titolo IV del T.U.B. (prima intitolata “*Disciplina delle crisi*”), denominandola “*Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa*”.

Tra le “Misure preparatorie “(alla prevenzione della possibile situazione di “crisi”) è compreso il “*Piano di risanamento di gruppo*”, consistente nel “piano” di cui la capogruppo italiana di un gruppo bancario **si deve dotare**, e che deve individuare “*misure coordinate e coerenti da attuare per sé, per ogni società del gruppo, e, se, di interesse non trascurabile per il risanamento del gruppo, per le società italiane ed estere incluse nella vigilanza consolidata*”⁶⁸.

Appartiene al novero delle “misure preparatorie” anche lo “*Accordo per fornirsi sostegno finanziario per il caso in cui si realizzino... i presupposti dell'intervento precoce*” previsto dall'art. 69-octiesdecies T.U.B. che una banca italiana, o una società italiana capogruppo di un gruppo bancario, **può** concludere con le società italiane ed estere appartenenti al gruppo bancario, e le altre società incluse nella “vigilanza consolidata” (cfr. art. 69-ter, co. 1, lett. c), T.U.B.).

11.2. Gruppo societario di diritto comune, gruppo assicurativo e gruppo finanziario

La disciplina del gruppo societario di diritto comune non conosce istituti corrispondenti alle “*Misure preparatorie*” e alle “*Misure di intervento precoce*”. Nonostante la legge-delega “*per la riforma della disciplina delle crisi di impresa e dell'insolvenza*” (legge 19 ottobre 2017, n. 155) abbia previsto che nell'esercizio della delega conferita al Governo si dovesse disciplinare “*l'introduzione di procedure di allerta... finalizzate ad incentivare l'emersione anticipata della crisi*” (art. 4); nonché “*il dovere dell'imprenditore e degli altri organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale*” (art. 14); nulla di paragonabile alle “misure” adottate in materia di prevenzione delle crisi del gruppo bancario è stato neppure lontanamente ipotizzato. D'altro canto, la stessa legge-delega, nel momento di precisare i principi di riforma specificamente dedicati al “*gruppo di imprese*” (art. 3), ha ipotizzato la predisposizione di “piani di risanamento della crisi del gruppo” - art. 3, co. 2, lett. f) – solamente nel momento e nelle situazioni di “crisi” **già conclamate**, e non come “misura” di carattere *programmatico*⁶⁹.

Anche nel settore dell'attività assicurativa non si registra una evoluzione analoga a quella che stiamo considerando in relazione al settore dell'attività bancaria.

Fermo il principio generale – ripreso da quello affermato, per le imprese bancarie, dall'art. 80, co. 6 T.U.B. – secondo il quale “*alle imprese di assicurazione o di riassicurazione non si applica il titolo III della legge fallimentare*” – cioè l'istituto del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione – (art. 238, co.1, Cod. Ass.), non si riscontrano istituti corrispondenti al “piano di risanamento” (art. 69-ter ed art. 69-quinquies T.U.B.) ed al “piano di risoluzione” (art. 7 e art. 8 d.lgs. 16 novembre 2015, n.

⁶⁷ RICCIARDIELLO, *Commento all'art. 69-duodecies*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, diretto da Costi e Vella, Vicenza, 2019, 353.

⁶⁸ *Supra*.

⁶⁹ Nello stesso senso RICCIARDIELLO, *cit.*, 358

**LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI”
DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI**

180) introdotti rispettivamente per l'impresa bancaria “individuale” e per il gruppo bancario.

Una marcata convergenza di discipline si registra invece per ciò che riguarda (la Società di Investimento Mobiliare – SIM qualificabile “speciale” e) il “gruppo finanziario” comprendente una Sim “speciale”.

Infatti l'articolo 55-ter d.lgs. n. 58/1998 – “*Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*” (T.U.F.) – dispone che:

- a) le Sim che prestino uno o più dei servizi di investimento previsti dall'art. 55- bis T.U.F. (negoiazione per conto proprio; sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; gestione di sistemi multilaterali di negoziazione) - cc.dd. Sim “speciali” – **devono** dotarsi di un “piano di risanamento individuale” analogo a quello previsto dall'art. 69-quinquies T.U.B. per le banche⁷⁰;
- b) la società posta al vertice di un “gruppo finanziario” (comprendente, si deve ritenere, una Sim “speciale”) **deve** dotarsi di un “piano di risanamento di gruppo” analogo a quello previsto dall'art. 69-quinquies T.U.B. per il gruppo bancario; e
- c) le Sim (“speciali”) appartenenti ad un “gruppo finanziario” **possono** concludere con altre società del gruppo “*accordi per fornirsi sostegno finanziario*” regolati dall'art. 69-duodicies T.U.B. e dalle norme del T.U.B. successive.

La segnalata convergenza con la disciplina dell'istituto in commento rappresenta tuttavia una eccezione isolata, giacché anche nel contesto del gruppo c.d. finanziario, che non sia caratterizzato dalla presenza di una Sim “speciale”, non si trova traccia di istituti corrispondenti a quello del “sostegno finanziario infragruppo”: che appare dunque espressione di regole “*sovversive del diritto societario e concorsuale, seppure limitatamente all'istituto in esame [che] risultano coerenti con l'impostazione data dal legislatore comunitario volta a richiedere un sacrificio ai soci ed ai creditori sociali in presenza di situazioni di crisi ed evitare il contagio del fallimento delle banche sistematicamente rilevanti e le conseguenti ripercussioni sui debiti pubblici*”⁷¹.

L'art. 55-quater T.U.F. consente alle “*Sim appartenenti a un gruppo ai sensi dell'art. 11*” di “*concludere con altre componenti del gruppo accordi per fornire sostegno finanziario per il caso in cui per una di esse si realizzino i presupposti dell'intervento precoce ai sensi dell'articolo 55-quinquies*”. A tali accordi si applicano – se conclusi -,

⁷⁰ *Supra*,

⁷¹ RICCIARDIELLO, *op. loc. ult. citt.*, il quale sottolinea altresì – *ivi*, 356 – come per le società bancarie il sostegno finanziario assuma maggiore pregnanza, in quanto costituisce strumento di perseguimento della stabilità del gruppo imposta dal t.u.b., giocando un ruolo rilevante ai fini del mantenimento dei requisiti di vigilanza prudenziale che impongono alle società (individualmente o su base consolidata) di rispettare i requisiti di capitale e grandi esposizioni previsti dalla disciplina di settore.

in quanto compatibili, “*gli articoli (da) 69-duodecies (a) septiesdecies del Testo Unico Bancario*”⁷².

11.3. “Piano di risanamento” di gruppo e “Accordo di sostegno finanziario” di gruppo

Il titolo IV del T.U.B. disciplina – per quanto di interesse in questa sede – gli istituti denominati: (i) “misure preparatorie”; (ii) “misure di intervento precoce”; [(iii) “provvedimenti straordinari”]; (iv) “liquidazione coatta amministrativa”.

Le “misure preparatorie” sono rappresentate (per ciò che concerne il gruppo bancario) da: (i) “piano di risanamento di gruppo” (Capo 01-I); e (ii) “accordo di sostegno finanziario di gruppo” (Capo 02-I)⁷³.

Una differenza preliminare tra i due istituti è rappresentata dal carattere *obbligatorio* del primo, che si contrappone al carattere *volontario* del secondo: la “capogruppo” del gruppo bancario “*si dota*” di un piano di risanamento del gruppo (il ch  significa che *deve* dotarsi: art. 69-*quinquies*, co. 1, T.U.B.); laddove la capogruppo del gruppo bancario “*pu *” concludere un accordo di sostegno finanziario di gruppo (art. 69-*duodecies*, co. 1, T.U.B.)⁷⁴.

Ovviamente le due “misure” possono coesistere: ed infatti l’art. 69-*quienquies*, co. 4, T.U.B. precisa che laddove tra le societ  del gruppo bancario siano stati conclusi accordi di sostegno finanziario di gruppo, il piano di risanamento di gruppo contempla (nel senso che *deve* rappresentare) il ricorso a tale “misura” conformemente a quanto dalla stessa stabilito – senza peraltro che sia impedita la previsione di forme di sostegno finanziario infragruppo *diverse* da quelle qui prese in considerazione-⁷⁵.

Un’altra differenza fra “piano” (di risanamento di gruppo) e “accordo” (di sostegno finanziario infragruppo) potrebbe dovere essere evidenziata nella natura giuridica dell’istituto: di natura indubbiamente ed inevitabilmente *contrattuale* il secondo - “*l’accordo   sottoscritto da ciascuna parte nell’esercizio delle propria autonomia negoziale...*”: art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. a); e v. anche art. 8, lett c), BRRD -;⁷⁶ espressivo invece di una iniziativa unilaterale il primo, considerato come manifestazione della attivit  di direzione e coordinamento della “capogruppo” sulle societ  appartenenti

⁷² In argomento ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2017, 285; SACCO GINEVRI, *Commento all’articolo 69-duodecies*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, II, Vicenza, 2018, 906 ss.; PISTOCCHI, *Commento all’articolo 69-terdecies e sexiesdecies*, *ivi*, 920 ss. e 948 ss.; RULLI, *Commento all’articolo 69-quaterdecies e quinquiesdecies*, *ivi*, 923 ss. e 936 ss.; CAGNASSO e SACCO GINEVRI, *Commento all’articolo 69-septiesdecies*, *ivi*, 951 ss.; SPINA – BIKOULA, *Dal bail-out al bail-in. La BRRD e il quadro di prevenzione, gestione e risoluzione delle crisi nell’Unione Bancaria*, Roma, 2015; RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 2016.

⁷³ In argomento RICCIARDIELLO, *cit.*, 358.

⁷⁴ Nello stesso senso MARRA, *op. cit.*, 235. Riveste invece carattere obbligatorio il c.d. *cross guarantee scheme* presso il **gruppo bancario cooperativo** (su cui SACCO GINEVRI, *L’incidenza degli accordi di sostegno finanziario infragruppo sull’evoluzione della struttura organizzativa bancaria*, in *Riv. trim. dir., econ.*, 2016, n. 77 ss)

⁷⁵ Nello stesso senso MARRA, *op. cit.*, 237

⁷⁶ In argomento v. anche, diffusamente, MARRA, *op. cit.*, 233 ss.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

al gruppo bancario (“allargato”)⁷⁷. Trattasi peraltro di una differenza che non deve essere sopravvalutata, dal momento che la pur indubbia autonomia di ogni società di gruppo nella adozione della decisione di stipulare o meno un “accordo” di sostegno finanziario infragrupo, deve essere esercitata “*in coerenza con le eventuali direttive impartite dalla “capogruppo”*” – art. 69-*duodecies*, co. 5, lett. a) -: tanto da indurre ad affermare che una delle manifestazioni tipiche della direzione e coordinamento, quale “attività di indirizzo operativo e strategico”, è il **sostegno finanziario infragrupo** (ciò è tanto vero, che i finanziamenti infragrupo costituiscono elemento presuntivo dell’esercizio concreto dell’attività di direzione e coordinamento, quale attività che provoca la perdita di indipendenza economica e discrezionalità operativa delle società eterodirette⁷⁸).

L’argomento presenta profili di particolare delicatezza, *da una parte* perché il c.d. “*interesse di gruppo*”, che dovrebbe guidare la attività di coordinamento della “capogruppo” nei confronti delle società controllate o partecipate, tende di fatto a coincidere con quello del soggetto etero-dirigente⁷⁹; e *dall’altra parte*, perché la Direttiva comunitaria sembrerebbe piuttosto esprimersi diversamente. Come ricordato, l’art. 19 BRRD afferma che “*ciascuna parte deve agire liberamente nel sottoscrivere l’accordo*”; e che “*in sede di conclusione dell’accordo e di determinazione del corrispettivo per la prestazione del sostegno finanziario, ciascuna parte deve agire nel proprio miglior interesse*”⁸⁰

Comune ad entrambe le “misure” è invece l’assoggettamento all’approvazione (oltre che degli organi sociali – che per il sostegno finanziario infragrupo ricomprende anche la assemblea dei soci, in sede straordinaria: art. 69-*quaterdecies*, co. 1, T.U.B. -) della Banca d’Italia: laddove la *esecuzione* di una delle iniziative previste nell’una o nell’altra

- (i) è soggetta a *semplice comunicazione* all’organo di Vigilanza, ove si tratti di dare corso ad un intervento previsto nel “piano di risanamento di gruppo” (ovvero di astenersi dal farlo, pur rincorrendone le circostanze): art. 69-*octies*, T.U.B.; mentre
- (ii) nell’ipotesi di intervento esecutivo dell’accordo di finanziamento infragrupo è richiesta – in buona sostanza – una (ulteriore) autorizzazione. L’art. 69-*sexiesdecies* T.U.B., infatti, prevede che la delibera di concessione del sostegno finanziario sia trasmessa alla Banca d’Italia, la quale “*può vietare o limitarne l’esecuzione se le condizioni per il sostegno finanziario di gruppo. non sono soddisfatte*”

⁷⁷ In argomento RICCIARDIELLO, *cit.*, 354; SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principio di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, 2011, 583

⁷⁸ G.S. BALP, *Finanziamenti nell’attività di direzione e coordinamento*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2012, 287 ss.; RICCIARDIELLO, *cit.*, 355.

⁷⁹ In argomento v. SBARBARO, “*Gli effetti dell’accordo di gruppo sugli stakeholder dell’impresa bancaria. Profili contrattuali e suggestioni di enterprise view*”, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, I, 50; nonché MARRA, *Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo ecc.*, *cit.*, 248.

⁸⁰ In argomento LAMANDINI, *Gli accordi di sostegno finanziario sul gruppo bancario*, in *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di Troiano, Padova, 2018, 184.

11.4. Profili essenziali della “misura preparatoria”

Quando esaminato sino ad ora consente di precisare meglio le già anticipate caratteristiche dell’istituto, la cui disciplina:

- (i) attribuisce, come detto, *natura facoltativa* all’adozione della misura (art. 69-duodiecies, co.1, TUB.: “*le società appartenenti al gruppo (bancario)....possono concludere un accordo per fornirsi sostegno finanziario....*”);
- (ii) consente l’adozione di tale misura *in chiave prospettica* e non in funzione del tentativo di superamento di una condizione di crisi già *in atto* (art.69-duodiecies, co.1.: “*...possono concludere un accordo... per il caso in cui si realizzino per una di esse i presupposti dell’intervento precoce...*”; art. 69-duodiecies, co.6: “*l’accordo di sostegno finanziario di gruppo non può essere concluso se, al momento della sua conclusione, per una delle parti dell’accordo sussistano, a giudizio dell’autorità competente, i presupposti dell’intervento precoce*”);
- (iii) assoggetta l’efficacia dell’accordo all’autorizzazione della Banca d’Italia (art. 69-terdiecies T.U.B.), chiamata a valutare la sussistenza di precise condizioni di ammissibilità, costituite principalmente (art. 69-quinquediecies) dalle circostanze che: si possa ragionevolmente considerare l’adeguatezza del sostegno finanziario concordato a rimuovere la possibile situazione di crisi dell’intermediario beneficiario; vi sia la ragionevole aspettativa del recupero delle risorse – in termini di interventi diretti ovvero di interventi indiretti, a titolo di garanzia (le modalità con le quali può essere fornito il sostegno finanziario di “gruppo” sono declinate nell’art. 69-duodiecies, co.3., T.U.B.) - impegnate nell’assunzione degli obblighi previsti dall’accordo di sostegno finanziario; la società del gruppo che fornisce il sostegno finanziario previsto dall’accordo rispetti tutti i requisiti patrimoniali, finanziari, di liquidità, previsti dalla normativa in vigore, e si giudichi che continuerà a rispettarli anche dopo aver assunto gli impegni programmati con l’accordo; la concessione del sostegno finanziario non comprometta i presupposti per la possibile “risolvibilità” dell’intermediario che lo presta. In ipotesi di valutazione negativa sul soddisfacimento di tali condizioni, la Banca d’Italia, come detto, può (non autorizzare l’accordo di sostegno finanziario di gruppo, nonché) “*vietare o limitar(n)e l’esecuzione*” della delibera dell’intermediario di concessione del sostegno finanziario in questione (art. 69-sexiesdiecies T.U.B.);
- (iv) pretende che la concessione del sostegno finanziario non metta a repentaglio la liquidità e solvibilità dell’intermediario che lo presta;
- (v) pretende che il sostegno finanziario programmato, benché rivolto in favore di altro intermediario (appartenente al “gruppo”), risulti prestato “(anche) *nell’interesse della società del gruppo che fornisce il sostegno*” – art. 69-quinquediecies, co.1, lett. b) -;
- (vi) pretende che l’accordo di sostegno finanziario di gruppo, una volta autorizzato dall’Autorità di Vigilanza, sia: a) accompagnato da “*un parere predisposto dai componenti indipendenti dell’organo amministrativo, sull’interesse della società ad aderire all’accordo nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni*” (art.69-quaterdecies, co.1, T.U.B.); b) *approvato*

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

dall’assemblea straordinaria dei soci (ibidem), alla quale l’organo amministrativo “riferisce annualmente... in merito all’esecuzione dell’accordo”;

(vii) prevede che la delibera di approvazione di un accordo di sostegno finanziario di gruppo sia pubblicata con gli stessi mezzi previsti per la pubblicazione delle informazioni (art. 53, co.1, lett. d) T.U.B.) concernenti il governo societario, l’organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni ed i sistemi di remunerazione ed incentivazione. Oltre all’iscrizione nel Registro delle Imprese ex art. 2375 cod. civ. è necessario che dell’accordo sia data evidenza nell’Albo delle banche e dei gruppi bancari⁸¹.

11.5. L’accordo di sostegno finanziario infragruppo come “misura di risolvibilità” della banca

Una delle “misure preparatorie” rivolte a fronteggiare possibili situazioni di crisi bancarie, prevista dall’ordinamento di settore (non però dal T.U.B., bensì dal d.lgs. n. 180/2015 di attuazione della BRRD) è rappresentata dalla “risolvibilità” della banca versante in una particolare situazione di difficoltà. La “risolvibilità” è prevista (art. 17 d.lgs. n. 180/2015) quando una banca:

a) è in dissesto o rischio di dissesto (essendo considerata taluna o più delle seguenti situazioni: risultano irregolarità nell’amministrazione o violazione di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie che regolano l’attività della Banca di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività; risultano perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da privare la banca dell’intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio; le sue attività sono inferiori alle passività; essa non è in grado di pagare i propri debiti alla scadenza; elementi oggettivi indicano che una o più delle situazioni di cui sopra si realizzeranno nel prossimo futuro; è prevista l’erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 18 del decreto legislativo n. 180 /2015;

b) non si possono ragionevolmente prospettare misure alternative che permettano di superare la situazione in quella lettera a) in tempi adeguati, tra cui l’intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale, o una azione di vigilanza, che può includere misure di intervento precoce o l’amministratore straordinaria ai sensi del testo unico bancario;

c) La Banca d’Italia ha accertato la sussistenza dell’interesse pubblico, che ricorre quando la risoluzione è necessaria e proporzionata per conseguire uno o più obiettivi indicati all’articolo 21 del d. lgs. n. 180/2015 (art. 20, comma 2), e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura (art. 20 d. lgs. n. 180/2015).

Ove la condizione di “risolvibilità” sia considerata non sussistente, e la causa di ciò debba essere rimossa, l’adozione (ovvero, se già presente, la modificazione) di un accordo di sostegno finanziario infragruppo può costituire (non già mera *facoltà* delle singole società

⁸¹ Cfr. Disposizioni di Vigilanza: RULLI, *Commento all’art. 69-quaterdecies*, in *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Padova, 2018, 934; MARRA *op. cit.*, 243 ss.

appartenenti al gruppo bancario, bensì) *un obbligo*, conseguente alla disposizione di un vero e proprio “ordine” della Banca d’Italia – art. 16, co. 1 lett. a), d.lgs. 180/2015 -.

11.6. Presupposti e contenuto dell’Accordo

Lo “accordo” di gruppo” rivolto a stabilire i presupposti e le condizioni dell’adozione di iniziative funzionali a garantire il sostegno finanziario infragruppo può essere stipulato tra una banca italiana o una società italiana capogruppo di un gruppo bancario e le società italiane appartenenti allo stesso, nonché le altre società incluse nella vigilanza consolidata di cui all’art. 69-ter, co. 1, lett c), T.U.B. Non è escluso che esso possa prevedere interventi comportanti il coinvolgimento di soggetti estranei rispetto al beneficiario della “misura” adottata (comma 4)⁸².

L’accordo di sostegno finanziario infragruppo soffre della impossibilità di essere concluso in presenza delle condizioni, anche per uno solo degli intermediari interessati, che giustificerebbero l’adozione di un “intervento precoce” (comma 6)⁸³.

Il contenuto dell’Accordo può prevedere (ma anche non prevedere) la reciprocità dell’impegno al sostegno finanziario, ove ne maturino i presupposti, e può assumere qualsiasi forma (finanziamento, garanzia, messa a disposizione di mezzi idonei a costituire garanzie reali o finanziarie).

L’Accordo è tendenzialmente oneroso, dovendo precisare i criteri di calcolo del costo da sopportare per l’eventuale prestazione delle misure di soccorso dalle stesse contemplate, pur potendo discostarsi da “valori di mercato”, allorché questi siano influenzati da fattori anomali ed esterni al gruppo, ovvero nell’ipotesi nella quale la parte chiamata a fornire il sostegno infragruppo possa beneficiare, per il fatto di appartenere allo stesso gruppo del potenziale beneficiario, di “*informazioni non pubbliche rilevanti*” - comma 5, lett. c)-⁸⁴.

La (effettiva?) esclusione di apporti “a fondo perduto”⁸⁵ escluderebbe che possa costituire uno strumento funzionale a dare esecuzione ad un accordo di sostegno finanziario infragruppo l’impegno a dare corso ad *aumenti di capitale*, da parte di una società in favore di un’altra⁸⁶. Tale misura potrebbe pertanto essere concepita

⁸² Nel senso della “tassatività” della elencazione v. invece MARRA, *op. cit.*, 237. In senso opposto RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella Direttiva 2014/59/UE*, in *L’unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, 2015, 457.

⁸³ V. in argomento RICCIARDIELLO, in *Commentario ecc.*, cit., 359, secondo il quale tali accordi non possono quindi essere stipulati quando già ricorrono i presupposti dell’intervento precoce; ovvero quando risultano già violate le disposizioni sul patrimonio di vigilanza e sulle grandi esposizioni; ovvero quando si prevede la violazione di tali requisiti anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo ovvero in caso di gravi violazioni di disposizioni legislative regolamentari e statutarie, o gravi irregolarità nella amministrazione, o ancora quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo

⁸⁴ Con riguardo alla disciplina in commento, e più in generale alla giurisprudenza formatasi in materia di determinazione del corrispettivo a fronte della prestazione di servizi infragruppo, v. LAMANDINI, *Gli accordi di sostegno finanziario ecc.*, cit. 185.

⁸⁵ MARRA, *Gli accordi di sostegno finanziario ecc.*, cit., 238.

⁸⁶ MARRA, *op. loc. ultt. citt.*, il quale adduce anche che l’intervento dell’aumento di capitale è previsto esplicitamente solo dall’art. 69-*duodecies* T.U.B.

(dovendosene ritenere l’assoluta legittimità)⁸⁷ al di fuori dell’operatività dell’istituto in argomento.

11.7. “*Presupposti (negativi e positivi) di intervento*”

Non costituiscono “presupposti di intervento” – cioè non rappresentano esecuzione dell’accordo di sostegno finanziario infragruppo, pur stipulato tra le parti interessate – (i) le operazioni di sostegno finanziario reciproco, in condizioni di normalità gestionale (comma 2, lett. a) -; e (ii) le operazioni di sostegno finanziario che non coincidono con quelle prese in considerazione dallo “Accordo” – comma 2, lett b) -. L’effetto di ciò è rappresentato dalla circostanza che, non trattandosi di operazioni di “*concessione del sostegno*”, non sono soggette – come lo sono invece queste ultime – al divieto o alla limitazione della Banca d’Italia (cfr. art. 69-*sexiesdecies*): nel primo caso, perché trattasi di una operazione posta in essere in una condizione di reciproca “normalità”; nel secondo caso, poiché trattasi di una operazione che *di per sé* richiede la funzionalità “*a preservare la stabilità del gruppo*”.

Un esempio ricorrente di misura di sostegno finanziario reciproco, che potrebbe **non** rientrare tra quelle funzionali a dare esecuzione ad un accordo di sostegno finanziario infragruppo; e che per tale ragione **non** potrebbe giovare degli “incentivi” connessi alla adozione di tale “misura preparatoria” – su cui ci soffermeremo in appresso -; è rappresentato dal c.d. accordo di tesoreria accentrata (più noto come accordo di *cash pooling*)⁸⁸

Costituisce un presupposto preliminare di intervento la acquisizione da parte della società “soccorritrice” di una informazione “piena” del potenziale beneficiario – cfr. comma 5, lett. b) -: dopo di che, l’intervento è consentito (e dovuto, trattandosi di un adempimento di un accordo) allorché nei confronti del beneficiario si sia realizzato uno (o più) dei presupposti che legittimerebbero l’adozione della misura di un “*intervento precoce*” ai sensi dell’art. 69-*octiesdecies* (comma 1).

Non dovrebbero sussistere incertezze sul *carattere vincolante* dell’accordo di sostegno finanziario infragruppo, una volta debitamente stipulato; autorizzato; e deliberato⁸⁹: fermo restando le possibili ipotesi di:

- (i) un accordo di *mutuo dissenso*, volto a condividere l’opportunità di non dare esecuzione a quanto pur originariamente concordato; ovvero

⁸⁷ Cass., 14 aprile 2006, n. 8876; Cass., 26 gennaio 1996, n. 611, in *Notariato*, 1996, 3, 209 ss. con nota di TASSINARI; e in *Società*, 1996, 892 con nota di ZUCCONI.

⁸⁸ In argomento DACCÒ, *L’accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002; MACCI e SCAPPINI, *La gestione di tesoreria tramite il contratto di cash pooling*, in *Fisco*, 2013, 9, 1282 ss.; RUGGERI, *Brevi note circa il cash pooling*, nota a Trib. Pistoia, 17 febbraio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 3, 206 ss.; ZAMPERETTI, *Tesoreria di gruppo, presunzioni da consolidamento e articolazione plurisoggettiva della direzione e coordinamento*, nota a Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Società*, 2015, 12, 1377 ss.

Per i profili connessi al “regime revocatorio” delle operazioni poste in essere in presenza di un accordo di *cash pooling* v. BONFATTI, *La disciplina dell’azione revocatoria fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, II, Milano, 2014, 275 ss.

⁸⁹ In argomento MARRA, *op. cit.*, 235

- (ii) il divieto dell’Autorità di vigilanza competente, a seguito della obbligatoria comunicazione della delibera di concessione del sostegno programmato (cfr. art. 69-*sexiesdecies*, co.1, T.U.B.)

Resta se mai da stabilire quali sarebbero gli effetti di un ingiustificato rifiuto a dare esecuzione agli interventi prefigurati nello “accordo”, quando se ne ritenessero verificati i presupposti.

Dalla previsione di cui all’art. 69-*octies*, secondo la quale gli intermediari finanziari, che abbiano perfezionato un accordo della natura qui considerata, sono tenuti a comunicare all’Autorità di vigilanza *non solo* l’intenzione di dare esecuzione all’accordo di sostegno finanziario di gruppo, allorché ne ritengano verificate le condizioni (cfr. art. 69-*sexiesdecies* T.U.B.); *ma anche* di dare comunicazione della “*decisione ... di astenersi dall’adottare una misura ...*” del “Piano di Risanamento”, si è ricavata la conclusione⁹⁰ che “*l’Autorità potrebbe imporre l’attuazione*” degli impegni previsti nell’accordo di sostegno finanziario di gruppo.

Tuttavia occorre osservare, a tale proposito, che la norma richiamata (art. 69-*octies*) riguarda propriamente i “Piani di Risanamento”, che, come detto, rappresentano una “misura preparatoria” *obbligatoria*: imponendo per essi – per l’appunto - la comunicazione alla Banca d’Italia tanto delle decisioni di “*adottare una misura prevista*” nel Piano, *quanto* di “*astenersi*” dall’adottarla, “*pur ricorrendone le circostanze*”. Diversamente è da dirsi, invece – a rigore - per gli interventi esecutivi di un accordo di sostegno finanziario di gruppo, che rappresenta una “misura preparatoria” solo *facoltativa*; e per la quale è prevista la sola comunicazione della “*delibera di concessione*” (art. 69-*sexiesdecies*).

Sussistendone i presupposti positivi; ed in mancanza dei presupposti negativi; l’intervento infragruppo può essere “eseguito” dalla società che vi è tenuta, e corrispondentemente preteso dalla parte beneficiaria: senza però che nessuno possa assicurare l’iniziativa in suo luogo, neppure in via surrogatoria (ai sensi per esempio dell’art. 2900 cod. civ.) – comma 7 -.

11.8. Predisposizione del *progetto* di Accordo di sostegno finanziario di gruppo

La legge non precisa la competenza ad approvare il *progetto* di accordo di sostegno finanziario infragruppo. Come detto, l’accordo (e tanto più il relativo progetto) deve essere approvato dalla società interessata “*in coerenza con le eventuali direttive impartite dalla capogruppo*”. Deve pertanto ritenersi che gli accordi di sostegno finanziario, in quanto espressione della **programmazione della finanza infragruppo**, seppure riferita alla fase di crisi, rientrino nella funzione di direzione e coordinamento della capogruppo quale allocazione delle risorse finanziarie nel circuito interno al gruppo; e che la pianificazione finanziaria della crisi attenga all’organizzazione della *holding* alla quale devono sottostare gli amministratori delle società eterodirette, pena la violazione del

⁹⁰ MARRA, *op. cit.*, 247

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

dovere di diligente gestione sancito dall’art. 2392 c.c. - direttive che potrebbero essere disattese solamente in caso di loro contrarietà a norme di legge o statutarie ⁹¹.

Resta ferma l’apparente contraddizione della necessaria coerenza della predisposizione del progetto *de quo* con “*le eventuali direttive impartite dalla capogruppo*”, rispetto alla conclamata *indipendenza di giudizio* che dovrebbe stare alla base dell’iniziativa (cfr. art. 19 BRRD).

Per quanto riguarda l’individuazione degli organi sociali rispettivamente competenti a valutare – ed eventualmente approvare – il *progetto* di accordo di sostegno finanziario infragruppo, si può ritenere che l’istituto appartenga al novero degli strumenti di prevenzione delle situazioni di “crisi” di cui le imprese collettive devono dotarsi in ottemperanza dell’obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla loro natura e dimensione, “*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi...*” (art. 2086, co. 2, cod. civ., come introdotto dall’art. 375, co. 2, d. lgs. n. 14/2019, “Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza”). Deve pertanto escludersi che il progetto *de quo* possa essere predisposto dagli *organi delegati*, e ritenere invece che debba essere necessariamente approvato dal Consiglio di Amministrazione della banca (ovvero dal Consiglio di Gestione, nel sistema c.d. “dualistico”). Fermo quanto sopra affermato, può consentirsi con la precisazione che trattandosi di funzione di *risk management e di compliance* ai modelli di prevenzione della crisi, deve ritenersi che l’adeguatezza dei piani medesimi dovrà essere valutata preventivamente anche dall’organo di controllo interno della capogruppo⁹².

11.9. Approvazione del progetto di sostegno finanziario di gruppo da parte dell’Autorità di Vigilanza

Una volta approvato dalle società interessate a concluderlo, il *progetto* di accordo, integrato dalla precisazione dei soggetti che ne farebbero parte, deve essere sottoposto all’esame della Banca d’Italia. Nella ipotesi di coinvolgimento di banche aventi sede in un altro Stato comunitario, la Banca di Italia valuta il progetto congiuntamente con le altre autorità competenti. L’esame è teso ad accertare “*la coerenza con le condizioni previste nell’articolo 69-quinquiesdecies*”, ed in caso positivo l’autorizzazione viene concessa dall’Autorità di Vigilanza su base consolidata.

A norma dell’art. 20 BRRD, infatti, l’Autorità di Vigilanza su base consolidata trasmette senza indugio la richiesta alle autorità competenti di ciascuna filiazione che si propone come parte dell’accordo, in vista di una decisione congiunta. Non viene attribuito un potere di veto alle autorità di vigilanza delle filiazioni, e, in caso di “stallo”, spetta in ogni caso alla autorità di vigilanza su base consolidata autorizzare l’accordo. Le autorità competenti si adoperano per giungere a una decisione congiunta, che tenga conto del potenziale impatto dell’esecuzione dell’accordo in tutti gli Stati membri in cui il gruppo opera. In mancanza di una decisione congiunta delle autorità competenti entro quattro mesi, l’autorità di vigilanza su base consolidata decide autonomamente sulla richiesta. La decisione è riportata in un documento insieme alle motivazioni complete e tiene conto

⁹¹ In argomento RICCIARDIELLO, *Commento all’art. 69-terdecies*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, diretto da Costi e Vella, Vicenza, 2019, 362.

⁹² RICCIARDIELLO, *op. ult. cit.*, 363.

delle opinioni e delle riserve espresse dalle altre autorità competenti nel corso del periodo di quattro mesi⁹³.

In argomento viene ricordato come, in caso di disaccordo, la BRRD preveda che al termine del periodo di quattro mesi se una delle autorità competenti interessate ha rinviato il caso all'ABE in conformità dell'art. 19 del reg. (UE) n. 1093/2010, l'Autorità di Vigilanza su base consolidata rinvia la propria decisione, in attesa della decisione dell'ABE a norma dell'art. 19, par. 3, di detto Regolamento, e adotta la propria decisione in conformità della decisione dell'ABE⁹⁴.

Al fine di valutare l'autorizzabilità del progetto di "accordo" la Banca d'Italia accerta la sua coerenza con le condizioni previste nell'art. 69-*quinquiesdecies* T.U.B., nonché l'insussistenza – per tutti gli intermediari coinvolti - dei presupposti per l'adozione di un "intervento precoce" (cfr. art. 69-*duodecies*, co. 6, T.U.B.). Si ritiene che, nell'occasione, la Autorità di Vigilanza possa formulare osservazioni e procedere a richieste di modifiche ovvero di integrazione, anche nel merito, del progetto di "accordo"⁹⁵.

Successivamente all'approvazione da parte dell'Autorità di Vigilanza – laddove intervenuta – il progetto di Accordo è trasmesso all'Autorità di Risoluzione (che per le banche italiane è costituita sempre presso la Banca d'Italia), così come dovrà avvenire per ogni sua eventuale modificazione.

11.10. Approvazione del progetto autorizzato da parte delle banche interessate e regime pubblicitario

Dopo essere stato *predisposto* dall'organo amministrativo della capogruppo del gruppo bancario (o finanziario "speciale") - presumibilmente di concerto con le società intenzionate a sottoscriverlo -; e dopo essere stato *autorizzato* dalla Banca d'Italia (ovvero dall'Autorità di vigilanza su base consolidata); il progetto di accordo di sostegno finanziario infragruppo deve essere *approvato* dalle singole società interessate.

Si può dare per scontato che il progetto di "accordo" autorizzato dalla Banca d'Italia debba essere (ri) approvato dai Consigli di Amministrazione delle banche intenzionate a sottoscriverlo (se non altro per verificare che esso non contenga modifiche rispetto all'ultimo approvato dall'organo gestorio): ma ciò non basta. Sono infatti altresì necessari:

- (i) il rilascio di un "*parere*", predisposto dagli amministratori indipendenti, "*sull'interesse della società ad aderire all'accordo nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni*"; e
- (ii) l'approvazione *dell'assemblea straordinaria* delle società interessate⁹⁶.

⁹³ RICCIARDIELLO, *op. ult. cit.*, 362

⁹⁴ RICCIARDIELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ SBARBARO, *Gli effetti dell'accordo di gruppo ecc.*, cit., 43; PISTOCCHI, *Commento all'art. 69-terdecies*, in *Commentario al Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, cit., 921.

⁹⁶ Cfr. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quad. ric. giur. cons. leg.*,

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

A tale proposito si deve ritenere che la disciplina dell'assemblea straordinaria debba trovare integrale applicazione, comprendendo pertanto non soltanto i *quorum* rafforzati che la caratterizzano, ma anche l'esigenza della verbalizzazione notarile nella forma dell'atto pubblico, oltre che, come accennato, l'iscrizione nel Registro delle Imprese *ex art. 2375 cod. civ.*⁹⁷

In mancanza dell'approvazione da parte dell'assemblea straordinaria di una o più delle società interessate è previsto che “*l'accordo produce effetti solo nei confronti delle società le cui assemblee hanno approvato il progetto*”: donde si ricava che l'effetto di tale dissenso non comporta la *invalidità* dell'accordo, bensì (soltanto) la sua *inefficacia*, ovvero la sua *inopponibilità* alle società che non l'abbiano approvata (in assemblea)⁹⁸: ma non si può escludere che proprio la validità dell'Accordo sia condizionata all'approvazione di tutte le parti ricomprese nel relativo progetto; né che il progetto stesso riguardi soltanto due intermediari, mancando l'uno dei quali, non si vede quale effetto potrebbe produrre⁹⁹

Una volta predisposto; autorizzato; approvato; e finalmente stipulato, l'accordo di sostegno finanziario infragruppo è soggetto alla pubblicità che riguarda il governo societario della banca - cfr. art. 53, co. 1, lettera. d) -, oltre che a quella supplementare eventualmente disposta dalla Banca d'Italia (comma 6). Per quanto riguarda la stipulazione di un accordo di questa natura possa comportare per il singolo intermediario l'assunzione di impegni particolarmente gravosi, tuttavia la sua approvazione da parte dell'assemblea non costituisce causa di recesso del socio (si deve supporre, della società “soccorritrice”).

11.11. Revoca dell'approvazione dell'Accordo

Anche la delibera di approvazione del progetto di Accordo di sostegno finanziario infragruppo può essere revocata (con riferimento peraltro, ormai, non più al “progetto” di Accordo, bensì all'Accordo stipulato), ad opera dell'organo (l'assemblea straordinaria) che la avesse assunta. L'adottabilità dell'iniziativa, peraltro, è soggetta ad alcune condizioni di segno negativo e ad altre di segno positivo.

Infatti la decisione *de qua*:

- (i) non può essere (più) revocata allorquando si siano realizzati i presupposti dello “intervento precoce” (ai sensi dell'art. 69-*octiedecies*) in capo ad una o più società

Banca d'Italia n. 75, marzo 2014, 160; SACCO GINEVRI, *L'incidenza degli accordi di sostegno finanziario infragruppo sull'evoluzione della struttura organizzativa bancaria*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, 89 ss.; MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle spa*, in *Riv. Soc.* 2013, 406.

⁹⁷ In argomento MARRA, *op. cit.*, 242

⁹⁸ RULLI, *Commento all'art. 69 – quaterdecies*, in *Commentario al Testo Unico della legge in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, II, cit., 925 ss.; RICCIARDIELLO, *op. cit.* 364.

⁹⁹ APPIO, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2019, I, 724.

aderenti all'accordo (sarebbe troppo facile sottrarsi ad un impegno, proprio quando ne sopravvengono i presupposti!);¹⁰⁰

- (ii) se pure deliberabile, e in fatto deliberata, diviene efficace solo “a seguito” (cioè: *se e quando*) della predisposizione di un piano di risoluzione (individuale o di gruppo) “*che tenga conto delle mutate circostanze*” (cioè che garantisca la perdurante idoneità dell'intervento della banca “soccorritrice” a rimuovere le cause della crisi della banca sovvenuta); e
- (iii) se pure deliberabile; se pure in effetti deliberata; e se pure seguita da un piano di risoluzione “*che tenga conto delle mutate circostanze*”, diviene efficace “*decorsi dodici mesi*”¹⁰¹ – nel corso dei quali, si deve intendere, devono trovare esecuzione gli interventi programmati nello “accordo” e scadenti entro tale data -.

La revoca della delibera di approvazione dell'accordo di sostegno infragruppo non costituisce causa di recesso del socio (si deve intendere, della società beneficiaria): comma 5.

11.12. Concessione ed accettazione del sostegno finanziario infragruppo

La circostanza che un accordo di sostegno finanziario infragruppo sia stato (i) predisposto; e (ii) autorizzato; e (iii) approvato dalle società facenti parte di un gruppo (bancario o) finanziario, non comporta *automaticamente* la produzione degli effetti dallo stesso previsti per l'intermediario “soccorritore”, e la accettazione di quanto ne deriva da parte dell'intermediario beneficiario.

La decisione di dare concreta applicazione allo “accordo” – tanto in termini di “soccorso”, quanto in termini di “accoglimento” – deve essere “*motivata*”; e deve indicare (l'obiettivo del sostegno finanziario programmato e) “*la conformità alle condizioni stabilite dall'articolo 69-quinquiesdecies*”. Il ché vuol dire che una *responsabilità* delle conseguenze della esecuzione di un “accordo”, pur in presenza dei presupposti ipotizzati all'atto della sua stipulazione, ma in mancanza delle “condizioni” volute dalla legge (in sostanza: l'effettiva idoneità dell'intervento a porre “*sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario*”: art. 69-quinquiesdecies), può investire tanto gli esponenti della banca soccorritrice, quanto gli esponenti della banca soccorsa, benché l'accordo fosse stato regolarmente (i) predisposto dagli Organi societari competenti; (ii) autorizzato dalla Banca d'Italia; nonché (iii) approvato dalle assemblee straordinarie dei soci.

Anche in questa ipotesi si è portati ad affermare che la decisione (soprattutto di “concedere” il sostegno programmato) non possa essere attribuita agli eventuali organi delegati, ma debba essere assunta dal Consiglio di Amministrazione (o dal Consiglio di Gestione)¹⁰²: ma la conclusione non è univoca¹⁰³

¹⁰⁰ Viene così richiamato l'istituto del *recesso unilaterale* ai sensi dell'art. 1373 cod. civ. per l'ipotesi del contratto che non abbia avuto un principio di esecuzione: SBARBARO, *Gli effetti dell'accordo di Gruppo ecc.*, cit., 42

¹⁰¹ LAMANDINI, *Il Gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2016, I, 678.

¹⁰² RICCIARDELLO, *op. ult. cit.*, 365

¹⁰³ Ritiene che trattisi di “*competenza delegabile, in assenza di espresso divieto*”, MARRA, *op. cit.*, 245.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

Una volta adottata (dagli Organi di amministrazione) la decisione di dare concreta attuazione all'accordo di sostegno finanziario infragruppo, le assemblee ne devono essere informate (almeno) annualmente (comma 3). D'altro canto, in forza del rinvio all'art. 2497-*bis* cod. civ., contenuto nell'art. 69-*duodecies*, co. 2, si deve ritenere che gli amministratori debbano indicare nella relazione sulla gestione i rapporti con chi esercita attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

11.13. Le condizioni preliminari per la concessione del sostegno finanziario di gruppo

Oltre a quanto sopra osservato, si deve ulteriormente segnalare come l'intervenuta *pre-disposizione* dell'accordo finanziario infragruppo; la sua *autorizzazione* da parte della Banca d'Italia; la sua *approvazione* da parte delle assemblee straordinarie; non implichi necessariamente che, al momento del bisogno, quanto programmato per soccorrere una società del gruppo caduta in difficoltà trovi effettiva esecuzione.

Per prima cosa, va ricordato che anche laddove le parti interessate decidessero in tale senso, la Banca d'Italia potrebbe sempre “vietare o limitare” l'esecuzione di quanto concordato (art. 69-*sexiesdecies*).

In secondo luogo, l'esecuzione di quanto pur previsto dall'Accordo è subordinata alla verifica di una serie di condizioni, le quali devono risultare verificate in *misura integrale*¹⁰⁴ – “*tutte*” precisa il primo comma della disposizione in commento –.

Si delinea, in questo modo, una disciplina del “gruppo bancario” (o finanziario) che va oltre le categorie del diritto societario comune, con particolare riguardo all'applicazione della teoria c.d. dei “vantaggi compensativi”¹⁰⁵.

La prima condizione è rappresentata dall'esigenza che la misura che si intende adottare sia “conforme” a quanto programmato nello “Accordo”, ivi compreso il pagamento del corrispettivo dovuto alla società soccorritrice – comma 1, lett. e) –

Una seconda condizione preliminare è rappresentata dalla circostanza che la concessione del sostegno finanziario da parte della società che vi sarebbe tenuta non minacci “*la stabilità finanziaria, in particolare nello Stato Comunitario in cui ha sede*”, della società – co. 1, lett. f) –;

Altre condizioni sono legate agli effetti che la “concessione” del sostegno finanziario programmato nell'Accordo potrebbe produrre sulla società che dovrebbe fornirlo, sotto i profili: (i) della realizzazione di un “*interesse*” (anche) suo proprio – co. 1, lett. b) –; (ii) della salvezza della “*liquidità*” e della “*solvibilità*” della stessa – co. 1, lett. e) –; (iii) della circostanza che la concessione del sostegno finanziario “*non pregiudichi la risolvibilità della società del gruppo che la fornisce*” – co. 1, lett. h) –; (iv) del permanente rispetto da parte della società che fornisce il sostegno finanziario dei requisiti in materia di capitale,

¹⁰⁴ RULLI, *Commento all'art. quinquiesdecies*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, cit., 936 ss.

¹⁰⁵ RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella Direttiva 2014/59/UE “BRRD”*, in *L'Unione Bancaria Europea*, cit., 2016, 439 ss.

liquidità, grandi esposizioni (salva la concessione di deroghe temporanee) – co. 1, lett. g) –.

Infine devono sussistere talune condizioni che investono la società beneficiaria del sostegno finanziario, e precisamente: (i) che l'intervento programmato ponga ragionevolmente rimedio alle sue difficoltà finanziarie, prevedendo o ripristinando la stabilità finanziaria sua propria o del gruppo bancario nel suo complesso – co. 1, lett. a) e b) –; (ii) che sussista la ragionevole aspettativa dell'adempimento delle obbligazioni scaturenti dalla concessione del sostegno finanziario (rimborso del prestito; soddisfacimento del regresso conseguente alla escussione di garanzie costituite nell'interesse della società soccorsa), ivi compresa quella concernente il pagamento del corrispettivo pattuito – co. 1, lett. d) –.

Da tutto ciò, come si è accennato, si tende a ricavare una marcata differenziazione della disciplina del “gruppo” bancario o finanziario rispetto alla disciplina del “gruppo” societario di diritto comune, nel senso di concludere: (i) *da una parte*, che il perseguimento dell'interesse di “gruppo” soddisfa l'interesse sociale della società che presta assistenza finanziaria; e (ii) *da un'altra parte*, che il perseguimento dell'interesse alla stabilità del gruppo nel suo insieme può legittimamente comportare un disallineamento tra contenuto economico dell'assistenza e corrispettivo¹⁰⁶.

Le conclusioni di tale natura non devono peraltro essere eccessivamente enfatizzate, dal momento che non soltanto la “approvazione” dell'accordo di sostegno finanziario infragruppo postula una valutazione della “convenienza” dello stesso per la società che sarebbe chiamata a fornirlo (art. 69-*quaterdecies*, co. 1: *supra*): ma la sua stessa esecuzione, nel caso concreto, deve risultare “*nell'interesse della società*” soccorritrice – art. 69-*quinqüesdecies*, co. 1, lett. b) –.

11.14. La comunicazione della delibera di concessione del sostegno finanziario infragruppo alla Banca d'Italia e alle Autorità di Vigilanza Comunitarie

Una volta che l'Organo amministrativo della società che intende fornire il sostegno finanziario previsto da un accordo “di gruppo” abbia adottato la relativa deliberazione, questa deve essere trasmessa, in via preventiva, alla Banca d'Italia, nonché all'ABE e, se diverse dalla Banca d'Italia, all'autorità competente per la vigilanza sulla società beneficiaria ed all'autorità competente per la vigilanza su base consolidata.

La Banca d'Italia può *vietare* la esecuzione dell'Accordo, ovvero imporre limitazioni, se le condizioni per il sostegno finanziario di gruppo (ai sensi dell'art. 69-*quinqüesdecies*) non sono soddisfatte¹⁰⁷.

In caso di divieto, *nulla quaestio*; in caso di “limitazioni” invece, la concessione del sostegno finanziario programmato dovrà essere oggetto di una nuova e distinta delibera da parte degli organi di amministrazione delle società interessate: della soccorritrice, perché occorrerà accertare – *inter alia* – la permanenza dello “*interesse*” a fornire il sostegno finanziario; da parte della società o delle società beneficiarie, quantomeno, al

¹⁰⁶ L.G. ROSSI, *Commento all'articolo 69-sexiesdecies*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, II, Vicenza, 2018, 368.

¹⁰⁷ PISTOCCHI, *Commento all'art. 69-sexiesdecies*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e Creditizia*, diretto da Capriglione, II, Vicenza, 2018, 948 ss.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

fine di verificare l’attitudine dell’intervento, come “limitato” dalla Banca d’Italia, a porre rimedio alle difficoltà sopravvenute, ed a preservare o ripristinare la stabilità finanziaria del “gruppo” o della società favorita.

In ogni caso, il provvedimento di divieto, ovvero di limitazione, della concessione del sostegno finanziario ipotizzato, deve essere trasmesso all’ABE, nonché – se diverse dalla Banca d’Italia - all’autorità di vigilanza competente per la società beneficiaria e all’autorità competente per la vigilanza su base consolidata. Nell’ipotesi nella quale quest’ultima coincida con la Banca d’Italia, il provvedimento deve essere comunicato anche ai componenti del Collegio di risoluzione istituito ai sensi del d. lgs. n. 180/2015.

A proposito di tale disciplina è stato sottolineato come sia la rilevanza sistemica delle crisi bancarie transnazionali che giustifica il coinvolgimento della BCE attraverso l’EBA, tramite la trasmissione della delibera del Consiglio di amministrazione della Banca soccorritrice che dispone l’erogazione del sostegno finanziario¹⁰⁸.

12. Le “agevolazioni” e gli “incentivi” alla conclusione di accordi di sostegno finanziario infragruppo

In quanto misura di prevenzione degli effetti pregiudizievoli di possibili situazioni di “crisi” di un intermediario finanziario, l’accordo di sostegno finanziario di gruppo è ovviamente – sia pure a certe condizioni – valutato positivamente dal (mondo delle Autorità di Vigilanza che ha ispirato il) Legislatore.

L’esecuzione di un accordo di sostegno finanziario infragruppo, che postula, per definizione (i) il compimento di operazioni tra società legate tra di loro da un rapporto di “gruppo” – e quindi non totalmente indipendenti l’una dall’altra –; nonché (ii) il sostegno finanziario ad un soggetto per definizione caduto in una condizione di “crisi”, essendo sopravvenute “difficoltà finanziarie”; oppure essendo sopravvenuto il rischio della perdita della “stabilità finanziaria”, ove pur non già compromessa: cfr. art. 69-*quinquies*, co. 1, lett. a) e h); rende istituzionalmente applicabili una serie di norme di carattere generale dettate in materia di (i) operazioni tra soggetti in (potenziale) “conflitto di interessi”, ovvero costituenti “parti correlate”; e (ii) operazioni suscettibili di aggravare il dissesto in atto, ovvero di attentare alla *par condicio creditorum*, con riguardo alla società sovvenuta.

Poiché la presenza di tali disposizioni potrebbe quanto meno ritardare l’adozione della misura necessaria a dare attuazione al necessario sostegno finanziario; ovvero a mettere in discussione la stessa opportunità di impegnarsi a fornirlo; la disciplina di settore interviene a snellire i processi altrimenti applicabili, ed a “blindare” gli effetti degli atti funzionali a dare esecuzione all’intervento di sostegno.

¹⁰⁸ L.C. ROSSI, *Commento all’articolo 69-sexiesdecies*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, II, cit., 370.

Secondo PISTOCCHI, *op. cit.*, 950, la disciplina in esame dimostra la stretta connessione che sussiste fra lo strumento del *piano di risanamento di gruppo* e la misura dell’*accordo di sostegno finanziario infragruppo*: accordo, quest’ultimo che, come espressamente prevede l’art. 7, co. 5, della direttiva BRRD, può far parte del più ampio e complesso *piano di risanamento di gruppo* (LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce della recente riforma*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2016, I, 675 ss.; SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Torino, 2017, 125 ss.)

Ciò spiega la ragione della previsione della serie di “agevolazioni” e di “incentivi” ad adottare tale misura, che sono presenti nell’art. 69-*septiesdecies* T.U.B. (applicabile, come detto, non solo agli accordi di sostegno finanziario del gruppo bancario, ma anche a quelli conclusi tra intermediari che costituiscono il gruppo “finanziario” caratterizzato dalla presenza di una Sim “speciale”: art. 55-*quater* T.U.F.).

Occorre se mai richiamare l’attenzione sulla circostanza che le esigenze qui rappresentate, ben evidenti nella fase e nel momento nel quale l’accordo di sostegno finanziario dovrebbe essere eseguito (erogando un finanziamento; acquisendo una garanzia; eccetera), potrebbero essere presenti anche nella fase e nel momento della *conclusione* dell’accordo stesso fra le società interessate: onde i rimedi, ai quali si è fatto cenno, sono concepiti tanto per la stipulazione degli “accordi” – in via preventiva –; quanto per favorirne la attuazione – in via esecutiva –¹⁰⁹. Come si vedrà, però, l’argomento richiederà di essere approfondito.

Le “agevolazioni” si spiegano per la ragione che – e nei limiti in cui – rendono più agile il compimento di operazioni che, essendo concluse nell’ambito di un gruppo societario, potrebbero incontrare, nel diritto comune, taluni ostacoli, a salvaguardia di interessi che peraltro nei settori bancario e finanziario vengono giudicati meritevoli di tutela in misura inferiore a quella che si intende riservare alla stabilità patrimoniale e finanziaria – in prospettiva – dell’intermediario abilitato.

Gli “incentivi” ubbidiscono alla stessa logica, ma – per quello che si osserverà in prosieguo – sono rappresentati dalla eliminazione degli effetti collegati a profili problematici, che la fattispecie in esame non dovrebbe presentare: onde la relativa portata – e prima ancora la *ratio* agli stessi sottesa – risulta, ad una prima valutazione, di non agevole comprensione.

Ciò soprattutto ove si tengano presenti i risultati dell’indagine sopra condotta sulla disciplina positiva dell’istituto, che, come si è constatato, è caratterizzata dalle circostanze secondo le quali:

- (i) nessun intermediario bancario o finanziario è obbligato a concludere (né come beneficiario, né tanto meno come sostenitore) un accordo di sostegno finanziario infragruppo;
- (ii) la adesione ad un accordo della specie postula che la sua conclusione *soddisfi un interesse diretto anche dell’intermediario-sostenitore* (art.69-*quinquiesdecies*, co.1.): quindi, si tratta di una operazione che l’intermediario pone in essere soltanto se ricorre un *interesse* (anche) *proprio*;
- (iii) l’intermediario sovvenuto non deve versare in una situazione di “crisi” - *neppure prospettica*, si dovrebbe dire: l’accordo in questione, infatti, “*non può essere concluso*” se per una delle parti di esso sussistono “*i presupposti dell’intervento precoce*” (art. 69 *duodecies*, co.6.): e tali presupposti sono rappresentati anche dalla

¹⁰⁹ V. in argomento RICCIARDELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo delle crisi dei gruppi bancari*, in *Riv. Banca e mercato finanziario*, 2016, 683 ss.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

sola “*previsione*”¹¹⁰ di mancato rispetto dei requisiti normativi e regolamentari che condizionano l’accesso al (e la permanenza nel) mercato bancario (e finanziario)¹¹¹;

- (iv) deve sussistere la “*ragionevole aspettativa*” della solvibilità dell’intermediario sovvenuto (nel senso che risulterà “*rimborsato il prestito*” da parte della società beneficiaria che sia previsto di finanziare in forma diretta), e della capienza del suo patrimonio - nel senso che “*sarà possibile recuperare per intero, anche in via di surroga o regresso, capitale, interessi e spese*” dall’intermediario nell’interesse del quale sia previsto un intervento nella forma indiretta di prestazione di garanzia a favore di terzi: cfr. art. 69-*quinquiesdecies*, co.1, lett. d)-;
- (v) “*la concessione del sostegno finanziario non mette a repentaglio la liquidità o solvibilità della società del gruppo che lo fornisce*”: *ivi*, lett. e).

Premesso quanto sopra, occorre procedere ad alcune necessarie riflessioni di carattere sistematico. Come già visto, le “agevolazioni” e gli “incentivi” all’adozione della misura in commento sono raggruppabili in quattro categorie:

- a) la sottrazione alle disposizioni del diritto speciale (bancario e finanziario) e del diritto comune “restrittive” in materia di “*operazioni con soggetti influenti*” ovvero di “*operazioni con parti correlate*” – trattasi dell’art. 53, co. 4, T.U.B. e dell’art. 2391-*bis* cod. civ. -;
- b) la sottrazione alle disposizioni “punitive” del diritto comune concernenti i “*finanziamenti infragruppo*” – trattasi degli articoli 2467 e 2497-*quinquies* cod. civ. -;
- c) la sottrazione alle disposizioni del diritto speciale fallimentare e del diritto comune comportanti *l’assoggettamento ad azione revocatoria (ordinaria o fallimentare)* degli atti di disposizione del debitore o di terzi sul patrimonio dello stesso – trattasi dell’art. 2901 cod. civ. e degli artt. 64, 65, 66 e 67 l. fall. -;
- d) la sottrazione alle disposizioni del diritto penale fallimentare concernenti i reati di bancarotta fraudolenta per distrazione, di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice – trattasi degli artt. 216, co. 1, ss.; 216, co. 3; e 217 l. fall. -.

12.1. *Segue. La deroga alla disciplina delle operazioni con i soggetti “influenti”*

La prima agevolazione disposta per l’approvazione (prima), e l’esecuzione (dopo) degli accordi di sostegno finanziario infragruppo è rappresentata dalla dichiarata inapplicabilità dell’art. 53, co. 4, T.U.B. Trattasi della disposizione che consente alla Banca d’Italia di porre limiti e condizioni all’assunzione di posizioni di rischio verso chi possa esercitare una “influenza” sulla gestione (della banca – o della “Sim speciale” - ovvero) del gruppo bancario (o finanziario) , nonché dei soggetti ad essi collegati. Dovesse la approvazione

¹¹⁰ Parla di violazione “*anche solo prospettica*” MALTESE, *Commento all’art. 69-octiesdecies*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia Bancaria e Creditizia*, diretto da Capriglione, II, cit., 960.

¹¹¹ Secondo MALTESE, *op cit.*, 961, “*anche se la disposizione in commento rende possibile l’adozione di una misura di intervento precoce in presenza di una violazione – attuale o prospettica – solo di alcune delle regole che sovrintendono l’attività bancaria, si tratta di un insieme così ampio da ricomprendere virtualmente tutta la normativa che può venire in rilievo nell’ambito della supervisione bancaria*”

o la esecuzione di un “accordo” incappare in una di queste limitazioni generali, vi si dovrebbe considerare sottratto.

12.2. Segue. La deroga alla disciplina delle operazioni con “parti correlate”

Un'altra disposizione “agevolativa” dell’approvazione e della esecuzione degli accordi *de quibus* è rappresentata dalla esenzione dall’applicazione della disciplina delle operazioni con “parti correlate”, e precisamente da quella dettata dall’art. 2391-*bis* cod. civ. e dalle disposizioni ad essa connesse.

Rimane applicabile, invece, la disciplina delle situazioni di possibile “conflitto di interessi” (*rectius*: “interessi rilevanti”) degli amministratori (art. 2391 cod. civ.), che peraltro concerne un profilo di rischio già adeguatamente fronteggiato, almeno per ciò che concerne la approvazione dello “accordo”, dalla previsione del necessario assenso dell’assemblea straordinaria.

L’esclusione dell’applicabilità delle norme richiamate si spiega con la sostituzione alle disposizioni limitative e di controllo da esse previste dei controlli (infrasocietari e a livello di Autorità di Vigilanza) introdotti per la deliberazione e la approvazione dell’accordo di sostegno finanziario di gruppo.

13. Gli “incentivi” al sostegno delle società facenti parte del gruppo bancario attraverso il ricorso all’istituto dell’accordo di sostegno finanziario infragruppo

Si deve ritenere che la banca italiana, o la società italiana capogruppo di un gruppo bancario, possa prevedere – come misura “preparatoria” – e poi azionare – come intervento “precoce” – strumenti di sostegno finanziario alla società del gruppo bancario, *anche senza necessariamente ricorrere all’istituto dell’accordo di sostegno finanziario infragruppo*. Ciò per lo meno tutte le volte nelle quali *né* l’approvazione, *né* l’esecuzione del “piano” di sostegno finanziario, presentino l’attitudine a mettere in discussione la perdurante osservanza da parte della capogruppo dei requisiti in materia di capitale, liquidità, grandi esposizioni, e degli altri eventualmente imposte in conformità del Regolamento (UE) n. 575/2013 e delle disposizioni di attuazione della Direttiva 2013/36/UE.

D’altro canto, la circostanza che non risulti che gruppi bancari capitanati da banche quotate alla Borsa Italiana **non** abbiano (predisposto, sottoposto ad autorizzazione, approvato in sede assembleare, e successivamente) pubblicato lo “Accordo” come avrebbero dovuto fare (cfr. art. 69-*quaterdecies*, u. co., T.U.B.), non vuole dire che non abbiano ideato ed anche attuato misure di sostegno alle società controllate e partecipate.

Un “piano” di sostegno finanziario delle società del gruppo bancario non coincidente con l’accordo disciplinato dagli artt. 69-*duodiecies* ss. T.U.B. – se non altro per essere stato predisposto in via unilaterale dalla “Capogruppo”, senza essere stato condiviso dalle società **potenziali** beneficiarie del sostegno “infragruppo” -, avrebbe i vantaggi di (i) attribuire alla Capogruppo la facoltà discrezionale di darvi o non darvi esecuzione, per quanto ne sopravvenissero i presupposti oggettivi (laddove in caso di “accordo” *ex* art. 69-*duodiecies* T.U.B. le società beneficiarie degli interventi programmati potrebbero reclamare il diritto a vedere adempiute le obbligazioni originariamente assunte dalla Capogruppo); (ii) non sottostare all’obbligo di autorizzazione della Banca d’Italia per la

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

sua adozione; (iii) non sottostare all’obbligo dell’approvazione da parte dell’assemblea straordinaria dei soci (della Capogruppo); e (iv) non sottostare al regime di *divieto* o *limitazione* della sua esecuzione nel caso concreto (o comunque non nei termini di cui all’art 69-*sexiesdecies* T.U.B.).

Il “piano” in questione non potrebbe avvalersi delle agevolazioni disposte dall’art. 69-*septesdecies* in materia di sottrazione alla disciplina delle operazioni con “soggetti influenti”; e delle operazioni con “parti correlate”: ma questi inconvenienti potrebbero essere giudicati meno onerosi di quelli connessi al ricorso all’istituto dello “accordo di sostegno finanziario infragruppo”.

Decisiva può essere invece, nella direzione di fare applicazione dell’istituto in commento, la previsione di **incentivi**, che la semplice predisposizione ed esecuzione di un “piano” di sostegno finanziario di gruppo non potrebbe consentire di conseguire.

Il tema è in tutto analogo a quello declinabile nel contesto delle situazioni di “crisi” – anche “prospettiche” – di diritto comune, come affrontato nell’ambito del diritto concorsuale delle imprese commerciali non bancarie (e non finanziarie o assicurative)¹¹².

Nell’ambito del diritto comune della crisi di impresa (*rectius*: del gruppo di imprese) nulla impedisce alle Capogruppo di concordare misure di sostegno finanziario con le società del gruppo, e poi di darvi esecuzione: in un contesto, dunque, di *atipicità* e di *stragiudizialità*.

Nel momento in cui il legislatore ha considerato opportuno che i tentativi di pervenire alla soluzione delle crisi di impresa (o di “gruppo”) avvenissero attraverso istituti “tipicizzati”, in grado – come tali – di assicurare alcune garanzie minime giudicate irrinunciabili (principalmente l’intervento di un esperto qualificato ed indipendente, che attestasse la veridicità dei dati aziendali posti alla base del “piano di risanamento”, nonché la “fattibilità” dello stesso: art. 67, co. 3, lett. d); art. 182-*bis*, co. 1; art. 161 co. 3, l. fall.); ha introdotto una serie di “**incentivi**” a perseguire l’obiettivo del risanamento dell’impresa (o del gruppo) non già attraverso soluzioni atipiche, bensì utilizzando strumenti tipici caratterizzati *per lo meno* da quel minimo comune denominatore di garanzia di “trasparenza”. Ha così disciplinato: (i) i “Piani Attestati di Risanamento” – art. 67, co.3, lett. d), l. fall. -; e (ii) gli “Accordi di Ristrutturazione” – art. 182-*bis* ss. l. fall. -, arricchendo il panorama delle “procedure di crisi” prima interessato esclusivamente da procedure comportanti un elevato tasso di invasività delle autorità pubbliche (tribunale fallimentare).

Non diversamente, il possibile successo dell’istituto dello “accordo di sostegno finanziario infragruppo”, come disciplinato dagli artt. 69-*duodecies* ss. T.U.B., potrebbe essere favorito proprio dalla presenza di una serie di “incentivi”, alcuni dei quali corrispondenti a quelli previsti per indurre l’impresa (o il gruppo) di diritto comune a

¹¹² In argomento rinvio a BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa*, in Bonfatti e Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, II^a ed., Padova, 2017. Per un possibile parallelo tra gli istituti di diritto commerciale comune e di diritto concorsuale bancario qui considerati v. INZITARI, *La disciplina delle crisi nel Testo Unico Bancario*, in *Dal Testo Unico Bancario all’Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di potere*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca di Italia, n. 75, 2014, 126.

ricorrere al “Piano Attestato” o allo “Accordo di Ristrutturazione”, piuttosto che ad una trattativa stragiudiziale atipica.

13.1. Segue. La disapplicazione della “postergazione” (e della inefficacia degli eventuali rimborsi) dei crediti da finanziamento–soci

Nella situazione di squilibrio finanziario della società di diritto comune, il codice civile pretenderebbe che i soci la rafforzassero con iniezioni di capitale (cioè di passività non idonee ad appesantire il patrimonio a disposizione del soddisfacimento dei creditori, perché destinate ad essere soddisfatte – eventualmente - solo dopo il loro soddisfacimento integrale). Laddove i soci sostengano finanziariamente la società in modo diverso, il codice civile procura ai creditori sociali una tutela equivalente a quella che sarebbe derivata da un aumento del capitale sociale, disponendo la *postergazione* dei crediti derivanti dai finanziamenti-soci (art. 2467 e art 2497-*quinquies*, cod. civ.)¹¹³.

Oltre a ciò, viene previsto l’obbligo di restituzione da parte dei soci dei rimborsi eventualmente ottenuti, laddove entro un anno sopravvenga il fallimento della società: e rimangono applicabili tutte le disposizioni concernenti la possibile *revocatoria* (ordinaria ovvero fallimentare) dei pagamenti stessi (la appartenenza dell’obbligo di restituzione *de quo* all’istituto della revocatoria è dubbio nel diritto oggi vigente¹¹⁴: mentre è certo nella prospettiva del Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza – cfr. art. 164, co. 2, C.C.I.-).

Allorché si considerano le imprese **di diritto comune**, uno degli “incentivi” a perseguire il tentativo di risanamento dell’impresa (o del gruppo) è rappresentato dalla *sottrazione delle corrispondenti pretese* (in tutto o in parte) alla “*postergazione*” rispetto a quelle dei creditori sociali; all’*assoggettabilità all’azione revocatoria* (almeno fallimentare) dei pagamenti ricevuti; e (forse) all’obbligo di restituzione dei rimborsi nell’anno anteriore all’eventuale fallimento della società.

Nel contesto della esecuzione del “Piano Attestato di Risanamento”, l’unico incentivo è rappresentato – sotto questo profilo - dalla esenzione da revocatoria dei pagamenti eventualmente ricevuti dal socio-finanziatore – cfr. art. 67, co. 3, lett d), 1. fall. – (e forse dalla esenzione dall’obbligo restitutorio dei rimborsi ricevuti, ove anche tale istituto fosse ritenuto ricompreso nella più ampia figura dell’azione revocatoria – come sarà nel momento della entrata in vigore del C.C.I. -).

Nel contesto invece dello “Accordo di Ristrutturazione” il credito da finanziamento-soci beneficerà non soltanto di questi “incentivi”, ma potrà anche essere sottratto alla condizione di “postergazione”, addirittura acquisendo una collocazione *antergata* rispetto

¹¹³ V. MAUGERI, *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2014, 726 ss.; ID., *I finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio delle società di capitali*, Milano, 2005, 238 ss.; BENEDETTI, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Riv. soc.*, 2014, 747; BACCETTI, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 804 ss.; ABRIANI, *Finanziamenti anomali dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi, innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di Benazzo, Cera, Patriarca, Torino, 2011, 337.

¹¹⁴ Cfr. BONFATTI, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori. Le azioni revocatorie*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, II, Milano, 2017.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

ai creditori sociali, grazie alla *prededuzione* conseguibile ai sensi degli artt. 182-*quater*, co. 2, e 182-*quinquies*, l. fall.

Nel contesto dello “accordo di sostegno finanziario infragruppo” concluso tra società facenti parte di un gruppo bancario (o “finanziario”, nel senso considerato in questa sede), i crediti della società finanziatrice, nella ipotesi nella quale essa rivesta la qualità di socio della società beneficiaria, *sono sottratti alla condizione di “postergazione” rispetto ai creditori sociali; nonché all’obbligo di restituzione dei rimborsi eventualmente ricevuti* (in quanto l’art. 69-*septiesdecies* T.U.B. dichiara inapplicabili gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod. civ.)¹¹⁵.

La dichiarata inapplicabilità agli accordi di sostegno finanziario di gruppo bancario (e “finanziario”) degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod. civ. sottrae i finanziamenti infragruppo programmati come strumento di mantenimento o ripristino della stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso, o verso uno degli intermediari che ne fanno parte, alla disciplina “punitiva” rappresentata da (i) la *postergazione* del rimborso dei conseguenti crediti al preventivo soddisfacimento degli altri creditori, nonché (ii) la ripetibilità dei rimborsi eventualmente effettuati, nell’ipotesi di assoggettamento della società finanziata al “fallimento” – da intendersi qui come liquidazione coatta amministrativa – nei 12 mesi successivi.

Alla apparente simmetria della disciplina di diritto speciale bancario (e finanziario) rispetto alla disciplina concorsuale di diritto comune, si oppone peraltro una considerazione di principio.

Dal momento che l’applicabilità delle norme del Codice Civile in questione sarebbe subordinata alla circostanza che i finanziamenti dei soci (o della società che esercita l’attività di direzione e controllo) siano stati concessi “*in un momento in cui... risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*” – art. 2467 cod. civ. -, è legittima la domanda di quale sia la *ratio* della dichiarata inapplicabilità della norma, se *per definizione* i presupposti per la sua applicazione dovrebbero essere stati accertati *inesistenti*, pena l’inammissibilità dell’autorizzazione dell’accordo da parte della Banca d’Italia – come abbiamo segnalato in precedenza -.

L’osservazione è corretta, se si considera il tenore letterale della norma – che dispone la disapplicazione delle disposizioni in materia di “finanziamento-soci” all’operazione di “*conclusione*” dell’accordo di sostegno finanziario di gruppo -. Al momento della *conclusione* dell’accordo di sostegno finanziario (non già della “*esecuzione*”, ovvero della “*concessione*” del sostegno finanziario), infatti, una condizione di squilibrio finanziario della società sovvenuta, come quella postulata dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod. civ., non può sussistere, pena l’inammissibilità (dell’approvazione e comunque) dell’autorizzazione dell’accordo stesso.

Tuttavia pare necessario formulare due considerazioni.

¹¹⁵ RICCIARDIELLO, *Commento all’art. 69-duodecies*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, II, cit., 360.

La prima richiama l'attenzione sulla circostanza che la nozione evocata dall'art. 2467 cod. civ. (diciamo: “*squilibrio finanziario*”) si può prestare a divergenti interpretazioni nel momento in cui la condizione originaria della società sovvenuta (sia pure al momento della conclusione dell'accordo) venga giudicata *a posteriori*, in sede liquidativa, ai fini di valutare la sussistenza o insussistenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 2467 cod. civ. Nonostante il vaglio positivo sotteso al rilascio del provvedimento autorizzatorio dell'Autorità di Vigilanza, nessuno potrebbe impedire all'Autorità giudiziaria procedente di ritenere già in atto sin dall'origine – invece – una situazione di “*squilibrio finanziario*”, tale da giustificare la postergazione del rimborso del finanziamento infragruppo (ovvero l'obbligo di restituzione del rimborso, ove intervenuto entro i 12 mesi anteriori all'apertura di un procedimento di L.C.A. nei confronti dell'intermediario finanziato).

La seconda considerazione che pare opportuno formulare riguarda il dubbio che il legislatore si sia espresso in modo impreciso: e che anziché riferirsi all'atto (e al momento) della “*conclusione*” dell'accordo di sostegno finanziario di gruppo, intendesse riferirsi agli atti (ed ai momenti) *di esecuzione* di detti accordi.

A ben vedere, all'atto della “*conclusione*” dell'accordo di sostegno finanziario di gruppo, gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod. civ. non sarebbero applicabili neppure in mancanza della “*esenzione*” disposta dall'art. 69-*septidiecies* T.U.B., perché nessun finanziamento è “*effettuato*” in favore della società beneficiaria dell'accordo, trattandosi – come detto – di un *impegno programmatico* della società che si obbliga a fornire sostegno finanziario, “*per il caso*” in cui si realizzino “*i presupposti dell'intervento precoce*” nei confronti dell'intermediario sovvenuto, *in un secondo momento*.

I finanziamenti di cui dovrebbe valutarsi la destinazione ad essere rimborsati *subordinatamente al preventivo soddisfacimento degli altri creditori* (cioè in via postergata); ed i finanziamenti i cui eventuali rimborsi sarebbero soggetti all'obbligo di restituzione in caso di “*fallimento*” della società finanziata entro l'arco di 12 mesi; sono invece – e piuttosto – quelli che verrebbero erogati *in esecuzione* dell'accordo *illo tempore* “*concluso*”, nel momento in cui si determinassero i presupposti di efficacia (tipicamente: il deterioramento della situazione finanziaria dell'intermediario beneficiario) degli impegni assunti per la effettuazione degli interventi “*di gruppo*” a sostegno della società (caduta) in difficoltà.

In questo momento, presumibilmente *i presupposti di applicabilità degli artt. 2467 e 2497-quinquies cod. civ. ricorrerebbero senza ombra di dubbio*: ed è in tale prospettiva che la dichiarata inapplicabilità delle relative disposizioni si fa apprezzare agli occhi degli intermediari chiamati a stipulare un accordo di sostegno finanziario di gruppo!

Consapevoli di assumere impegni destinati ad essere onorati in un momento di dichiarata “crisi” dell'intermediario beneficiario, tale da comportare l'applicabilità di disposizioni normative produttive di effetti pregiudizievoli sulle aspettative di rimborso dei finanziamenti promessi, le società del gruppo bancario (e “finanziario”) possono trarre conforto dalla previsione della inapplicabilità di tali disposizioni “punitive” – e dunque della attitudine dei propri crediti a partecipare al concorso con gli altri creditori (senza essere ad essi postergati), nonché della “stabilità” degli effetti estintivi dei rimborsi eventualmente ricevuti (senza essere esposti al rischio dell'obbligo restitutorio in caso di “fallimento” endo-annuale dell'intermediario finanziario) -.

Da ciò la proposta di una interpretazione favorevole a riferire l’operatività della norma alla “*esecuzione*” dell’accordo di sostegno finanziario di gruppo, piuttosto che alla sua “*conclusione*”.

13.2. Segue. La “esenzione” dalle azioni revocatorie

Nel regime concorsuale dell’impresa (e del gruppo) di diritto comune gli atti (per es. costitutivi di garanzie) ed i pagamenti posti in essere in esecuzione di un “Piano Attestato di Risanamento”, ovvero di un “Accordo di Ristrutturazione”, *non sono soggetti all’azione revocatoria* – art. 67, co. 3, lett. d) e art. 67, co. 3, lett. e) l. fall. -. Parte della dottrina¹¹⁶, e comunque la giurisprudenza¹¹⁷, *circoscrivono* tale “esenzione” alle sole azioni revocatorie *fallimentari*, lasciando esposti gli atti ed i pagamenti *de quibus* al rischio dell’assoggettamento all’azione revocatoria ordinaria, disciplinata dall’art. 2901 cod. civ. - non dovrebbe più essere così, però, con l’entrata in vigore del C.C.I., che estende la “esenzione” in commento anche all’azione revocatoria ordinaria: cfr. art. 166, co. 3, lett. d) e art. 166, co. 3, lett. e) -. Oltre a ciò, le azioni revocatorie fallimentari dichiarate inapplicabili sono, secondo molti¹¹⁸, *esclusivamente quelle disciplinate dall’art. 67 l. fall.* (essendo ricomprese le previsioni di “esenzione” proprio in tale disposizione; e disponendo in questo senso il confronto con la portata della “esenzione” riconosciuta in favore degli atti compiuti dalla Banca d’Italia, testualmente circoscritta alle azioni revocatorie di “*questo articolo*” – l’articolo 67 -)¹¹⁹.

Gli atti di disposizione (di qualsiasi natura) ed i pagamenti connessi alla esecuzione di un “accordo di sostegno finanziario infragruppo” intervenuto nell’ambito di un gruppo bancario (o “finanziario”, nel senso considerato in questa sede), invece, **restano esentati**: (i) dall’assoggettamento **all’azione revocatoria ordinaria** (dichiarandosi inapplicabile l’art. 2901 cod. civ.), nonché (ii) dall’assoggettamento alle **azioni revocatorie fallimentari** – anche quelle diverse da quelle disciplinate dall’art. 67 l. fall. (dichiarandosi inapplicabili anche gli artt. 64, 65 e 66) -.

Per ciò che concerne la dichiarata inapplicabilità degli articoli 2901 cod. civ. e 64, 65, 66 e 67 l. fall. – cioè della disciplina dell’azione revocatoria ordinaria e dell’azione revocatoria fallimentare -, è replicabile in via preliminare l’osservazione formulata in materia di esclusione dell’applicabilità delle norme sui finanziamenti infragruppo.

Non si può escludere in linea di principio che il contratto costitutivo dell’accordo di sostegno finanziario di gruppo rappresenti un “atto” suscettibile di essere contestato sotto il profilo revocatorio: ma nel caso di specie si dovrebbe esprimere il serio dubbio che in linea di massima sarebbe neppure ipotizzabile la presenza dei presupposti di accoglibilità delle azioni revocatorie teoricamente proponibili, stante l’assenza del fattore dello

¹¹⁶ Cfr. In argomento, PANZANI, *Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare*, in *www.fallimento.ipsoa.it.*, 25; SANTANGELI, *Osservazioni a prima lettura sui nuovi articoli 67 e 70 del R. D. 16 marzo 1942, n.267 e sull’art. 10 d.p.r. 20 giugno 2005, n. 22*, in *www.judicium.it/news/ius-02-09-05*; nonché, Gio. TARZIA, *L’ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 L. fall.*, in *Fallimento*, 2008,637 ss.

¹¹⁷ Cass. 8 febbraio 2019, n. 3778; Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2019, n. 6006, inedita.

¹¹⁸ Rinvio a BONFATTI, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori. Le azioni revocatorie*, cit.

¹¹⁹ Bonfatti, *op. loc. ultt. citt.*

eventus damni - cfr. art. 2901 cod. civ. -. Certamente tale presupposto sarebbe assente in capo al beneficiario dell'accordo, che dal relativo contratto può trarre soltanto fattori di sostegno alla sua operatività; ma presumibilmente anche in capo all'intermediario o agli intermediari impegnati a fornire il sostegno finanziario, postulandosi la dimostrazione che l'intervento promesso *“non mette a repentaglio la liquidità o la solvibilità”* dell'interessato - art. 69-*quinquedecies*, co.1, lett. c), T.U.B. -.

Ugualmente si dovrebbe supporre l'assenza del presupposto della “insolvenza” dei contraenti – cfr. artt. 66 e 67 l. fall. -.

Rimarrebbe dunque un residuo spazio teorico per la possibile prospettiva revocatoria di atti che non postulino né l'effetto pregiudizievole in danno dei creditori, né la condizione di insolvenza del suo autore (cfr. artt. 64 e 65 l. fall.): ma con una portata assolutamente marginale.

Ciò che tuttavia rileva, anche nella presente ipotesi, non è già il pericolo dell'applicabilità delle norme *de quibus* all'atto (e al momento) della “conclusione” dell'accordo di sostegno finanziario di gruppo: quanto piuttosto agli atti (e nei momenti) di (eventuale) *esecuzione* dello stesso, dal momento che:

- (i) l'esecuzione dell'accordo postula *per lo meno* l'emersione dei presupposti di “**crisi**” nei confronti dell'intermediario beneficiario;
- (ii) tali presupposti, che possono presentarsi con connotati di maggiore o minore gravità, potrebbero effettivamente essere qualificati, a posteriori, come la condizione di insolvenza – cioè di illiquidità: cfr. art. 5 l. fall. – che legittima, in caso di “fallimento” (*i.e.*: liquidazione coatta amministrativa), l'esercizio di azioni revocatorie nei confronti di atti di disposizione compiuti *in questo momento* - per esempio, costituzione di garanzie reali in favore dell'intermediario del gruppo chiamato ad onorare un impegno finanziario in favore della società in difficoltà -;
- (iii) *con ancora maggiore evidenza i presupposti di esercizio delle azioni revocatorie potrebbero presentarsi nel (successivo) momento di rimborso dei finanziamenti conseguiti dall'intermediario soccorritore, ovvero di soddisfacimento delle azioni di regresso conseguenti all'escussione delle garanzie prestate da quest'ultimo a favore di terzi, quando la “crisi” dell'intermediario favorito avesse assunto dei connotati più marcati (e magari irreversibili).*

In tale prospettiva si può apprezzare appieno la portata dello “incentivo” assicurato con la dichiarata inapplicabilità dell'art. 2901 cod. civ. e degli artt. 64, 65, 66 e 67 l. fall.

Chiamate a stipulare un accordo di sostegno finanziario di gruppo destinato a scattare in un momento di deterioramento delle condizioni economico/patrimoniali/finanziarie dell'intermediario beneficiario, le altre società del gruppo potrebbero contare sulla stabilità degli effetti delle garanzie che fosse previsto di costituire in loro favore, e dei rimborsi che fossero poi in grado di conseguire. Ciò, beninteso, alla condizione di condividere la proposta interpretativa formulata al punto che precede.

13.3. *Segue.* “Le esimenti” dai reati di bancarotta

Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un “Piano Attestato” ovvero di un “Accordo di Ristrutturazione” di una impresa (o di un gruppo) di diritto comune sono sottratti alla disciplina penale della bancarotta fraudolenta “preferenziale” (art. 216, co. 3. L. fall.) e della bancarotta semplice (art. 217 l. fall.), anche laddove coincidano con le condotte previste da tali norme. **Le stesse “esimenti”** sono disposte, secondo quanto previsto dal già citato art. 69-*septiesdecies* T.U.B., per gli atti, i pagamenti e le garanzie previsti all’atto della “conclusione” di un “accordo di sostegno finanziario infragruppo” intervenuto tra società appartenenti ad un gruppo bancario (o “finanziario”): i quali, in tale contesto, sono sottratti anche all’applicazione della norma che punisce il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione – art. 216, co. 1., n. 1), l. fall. -.

Quanto considerato nelle pagine precedenti offre una chiave di lettura più soddisfacente del mero dato letterale anche per ciò che riguarda la dichiarata inapplicabilità degli artt. 216, co.1, n.1 e co. 3, e 217 l. fall.

Difficile immaginare la sussistenza dei reati di bancarotta fraudolenta per distrazione, di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nella “conclusione” di un accordo di sostegno finanziario tra società che:

- (i) devono non versare in una condizione di “crisi” già in atto, e neppure essere interessate dal pericolo di una crisi prospettica; e
- (ii) devono non vedere messa in discussione dalla conclusione dell’accordo la loro attuale condizione di “liquidità” e “solvibilità”.

Altro sarebbe a dirsi (ed è a dirsi), invece, per gli atti posti in essere nel momento di *effettiva emersione* della “crisi” dell’intermediario finanziario beneficiario, la cui gravità potrebbe effettivamente conferire agli atti posti in essere per fronteggiarla - laddove l’obiettivo perseguito non risultasse conseguito – le caratteristiche di atti “depauperatori” o “preferenziali” – tenuto sempre presente che *l’accordo è necessariamente funzionale a soddisfare anche l’interesse individuale dell’intermediario che si è obbligato a fornire il sostegno finanziario*, onde questi agisce non come “benefattore”, ma come soggetto interessato a tutelare i *propri* interessi, potenzialmente confliggenti con quelli di altri *stakeholders* -.

Di qui l’intuibile interesse a vedere “disinnescato” il pericolo di creare, con la stipulazione di un accordo di sostegno finanziario di gruppo, i presupposti per il necessario compimento futuro di atti comportanti – presi a sé – l’assunzione di responsabilità penali. Tale obiettivo è peraltro perseguibile soltanto attraverso l’affermazione che gli effetti “protettivi” saranno applicabili agli *atti di esecuzione* dell’accordo di sostegno finanziario di gruppo, piuttosto che alla sua “conclusione”

In argomento, un’ultima osservazione merita di essere formulata.

Prendendo in considerazione la conclusione e l’esecuzione di accordi di sostegno finanziario di gruppo che vedano taluni intermediari sovventori assumere l’impegno di intervenire in favore di talaltri (sovvenuti), la dichiarata inapplicabilità di una serie di

disposizioni ha come naturali destinatari gli intermediari sovvenuti, e per essi gli atti dagli stessi compiuti (pagamenti; garanzie), piuttosto che avere in considerazione gli intermediari sovventori, e per essi gli atti degli stessi posti in essere. Con particolare – se pure non esclusivo – riguardo alla dichiarata inapplicabilità delle norme in materia di azione revocatoria ordinaria e fallimentare, il presupposto implicito della “esenzione” è rappresentato dagli atti di disposizione *compiuti dall’intermediario favorito* – le garanzie costituite; i pagamenti effettuati; eccetera -. Del resto, la prospettiva critica nel contesto della quale si colloca l’istituto è quella del *pericolo di dissesto dell’intermediario favorito*, da cui discende che sarebbero i *suoi* atti ed i *suoi* comportamenti che verrebbero sottratti alle più severe norme altrimenti applicabili (per quanto ne possa beneficiare anche e proprio l’intermediario soccorritore). Il tenore letterale della norma di “esenzione” consente tuttavia di ipotizzarne *l’applicabilità anche nei confronti degli atti e dei comportamenti posti in essere dall’intermediario favorente* – per esempio: garanzie prestate in favore di terzi nell’interesse dell’intermediario del gruppo favorito –, *quando fosse la società che ha prestato il sostegno finanziario ad entrare in una condizione di dissesto*. Ipotizzare – come appare possibile proporre – che le “esenzioni” disposte dall’art. 69-*septiesdecies* T.U.B. valgano anche per gli atti ed i comportamenti posti in essere dalla società o dalle società favorenti, contribuirebbe a garantire ulteriormente, per diversa via, la “stabilità” del gruppo bancario (e “finanziario”), anche con riguardo ai rapporti con i terzi estranei al “gruppo”.

14. I “Piani di risoluzione”

L’art. 60-*bis*. 2 T.U.F. disciplina il “Piano di Risoluzione individuale” che la Banca d’Italia, “*sentita la CONSOB per i profili di competenza*”, deve predisporre “*per ciascuna Sim non sottoposta a vigilanza su base consolidata*”; e il “Piano di Risoluzione di gruppo”, che deve essere predisposto “*per i gruppi indicati dall’articolo 11*”¹²⁰.

Trattandosi di misure propedeutiche all’eventuale avvio di una procedura di “risoluzione”, è da ritenere che debbano riguardare solo gli intermediari finanziari che vi sono soggetti, cioè le Sim abilitate a prestare i servizi o le attività precisate dall’art. 55-*bis*, co. 1, T.U.F.

Sono richiamati, a tale proposito, rispettivamente, l’art. 7 e gli artt. 8, 9 e 10 del decreto di recepimento della Direttiva 2014/59/UE (cioè il d. lgs 16 novembre 2015, n. 180); e sono dichiarati applicabili, in quanto compatibili, il Titolo III, Capo I, del medesimo d.lgs. n. 180/2015 e le disposizioni dallo stesso richiamate.

Con riguardo a questo istituto, è l’autorità di vigilanza – e non l’intermediario vigilato, come accade invece per il “Piano di Risanamento” – che ipotizza le misure adottabili nell’ipotesi di sopravvenienza di una situazione di “crisi” dell’intermediario, considerato individualmente, ovvero del gruppo finanziario costituito ai sensi dell’art. 11 T.U.F.

Nel primo caso, “*il piano... preparato in base alle informazioni fornite [dall’intermediario]... prevede le modalità per l’applicazione... delle misure e dei poteri da attivare in caso di risoluzione... Il piano è riesaminato, e successivamente approvato, almeno annualmente, nonché in caso di significativo mutamento della struttura societaria*”

¹²⁰ SPINA – BIKOULA, *op. cit.*, 64 ss.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

o organizzativa, della attività o della situazione patrimoniale o finanziaria” dell’intermediario (art. 7 d. lgs. n.180/2015).

Nel secondo caso si aggiunge (*inter alia*) che “*il piano è predisposto dalla Banca d’Italia quando essa è l’autorità di risoluzione di gruppo. Sono sentite le autorità di risoluzione e le autorità competenti degli Stati membri in cui sono stabilite succursali significative delle società del gruppo; sono inoltre sentite le autorità competenti per la vigilanza su base consolidata*” (art. 8 d. lgs. n. 180/2015).

Il piano di risoluzione “di gruppo” è preparato **in base alle informazioni fornite ai sensi dell’articolo 9 d. lgs. n. 180/2015** e prevede le modalità per l’applicazione **al gruppo** delle misure e dei poteri da attivare in caso di risoluzione secondo quanto stabilito dalla Banca d’Italia, anche con provvedimenti di carattere generale. Il piano di risoluzione è riesaminato e, se necessario, aggiornato **almeno annualmente**, nonché in caso di **significativo mutamento della struttura giuridica o organizzativa** del gruppo, o della sua **situazione patrimoniale o finanziaria**, avendo riguardo a ogni componente del gruppo.

Il piano è predisposto **dalla Banca d’Italia** quando essa è l’autorità di risoluzione di gruppo. Sono sentite le autorità di risoluzione e le autorità competenti degli Stati membri in cui sono stabilite succursali significative delle società del gruppo; sono inoltre sentite le autorità competenti per la vigilanza su base consolidata. Se il gruppo include società aventi sede legale in altri Stati membri, il piano è predisposto e aggiornato secondo quanto previsto dall’articolo 70, d. lgs. n. 180/2015, sia quando la Banca d’Italia è l’autorità di risoluzione di gruppo sia quando essa è l’autorità di risoluzione di una componente del gruppo.

E’ infine previsto che la Banca d’Italia possa, con provvedimento di carattere generale o particolare, prevedere la possibilità di predisporre piani di risoluzione “*in forma semplificata*”, avendo riguardo alle possibili conseguenze del dissesto dell’intermediario o del gruppo (art. 11 d. lgs. n. 180/2015).

14.1. Piani di risoluzioni in forma semplificata

La Banca d’Italia può, con provvedimenti di carattere generale o particolare, prevedere **modalità semplificate** di adempimento degli obblighi stabiliti in materia di “Piani di Risoluzione”, avendo riguardo alle possibili conseguenze del dissesto della Sim o del gruppo in considerazione delle loro caratteristiche, ivi inclusi le dimensioni, la complessità operativa, la struttura societaria, lo scopo mutualistico, l’adesione a un sistema di tutela istituzionale (art. 11 d. lgs. n. 180/2015).

14.2. Prospettive di riforma nazionali e comunitarie in materia di Piani di Risanamento e Piani di Risoluzione.

In data 10 aprile 2020 Banca d’Italia ha posto in consultazione le **disposizioni che intende adottare per applicare il Regolamento Delegato (UE) N. 348/2019** della Commissione europea del 25 ottobre 2018 e per coordinare le esistenti previsioni sui Piani di Risanamento.

In particolare, le disposizioni in consultazione:

1. in applicazione della discrezionalità di cui all'art. 2, par. 1 del Regolamento, prevedono come criterio qualitativo aggiuntivo per l'individuazione delle banche tenute ad adottare Piani di Risanamento in forma ordinaria, la qualifica di *high-priority* (cd. "HP");
2. in applicazione della discrezionalità di cui all'art. 3, par. 1, lett b) del Regolamento, dispongono una ponderazione del 25% per gli indicatori previsti all'Allegato II del Regolamento;
3. in applicazione della discrezionalità di cui all'art. 3, par 3 del Regolamento, prevedono una soglia pari al 14,3%.

La consultazione pubblica si è chiusa lo scorso 10 giugno 2020¹²¹.

Pressoché contemporaneamente l'EBA ha pubblicato un rapporto che valuta l'interconnessione tra i piani di risanamento e i piani di risoluzione previsti dalla Direttiva 2014/59/UE (BRRD) che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Il rapporto si è posto l'obiettivo di rafforzare le sinergie tra le due fasi a garantire la coerenza nella loro attuazione sul presupposto che, sebbene siano formalmente separate, le due fasi vadano considerate in modo unitario, e che pertanto sia necessario ottimizzarne l'interconnessione. Con il documento in oggetto, quindi, l'EBA individua alcune *best practices*; chiarisce alcuni punti controversi ed analizza il potenziale impatto delle opzioni di risanamento sulla risoluzione degli enti. Il rapporto è accompagnato da due allegati aventi ad oggetto:

- un modello per l'analisi comparativa di un campione di piani di risanamento e risoluzione;

¹²¹ In argomento di "prospettiva di riforma" va anche tenuto presente quanto appreso dalla stampa nel mese di giugno 2020. È stato infatti riferito che la Presidenza del Consiglio e il Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo su un nuovo Regolamento volto a fornire alle controparti centrali (CCP) e alle autorità nazionali strumenti adeguati per gestire le crisi e le situazioni che comportino il dissesto di importanti infrastrutture dei mercati finanziari. Gli obiettivi principali della riforma sono: **1.** ridurre la probabilità di dissesto delle CCP introducendo incentivi efficaci per una corretta gestione dei rischi; **2.** in caso di difficoltà finanziarie, preservare le funzioni essenziali delle CCP, mantenere la stabilità finanziaria ed evitare che i contribuenti sostengano i costi associati alla loro ristrutturazione o risoluzione. Il risanamento e la risoluzione si baseranno su un approccio in 3 fasi: **1.** in primo luogo, prevenzione e preparazione: le CCP e le autorità di risoluzione dovranno elaborare piani di risanamento e di risoluzione che permettano alle CCP di sormontare le difficoltà finanziarie che superano le risorse di cui dispongono. **2.** in secondo luogo, le CCP possono adottare provvedimenti di risanamento conformemente ad alcuni indicatori di sostenibilità economica e sulla base del piano di risanamento predisposto. Inoltre, le autorità di vigilanza avranno la possibilità di intervenire in una fase precoce. **3.** Infine, nel caso di dissesto di una CCP, le autorità avranno la possibilità di utilizzare strumenti di risoluzione, che includono la (parziale) risoluzione di contratto delle CCP, la riduzione del valore degli strumenti di capitale delle CCP, richieste di liquidità ai partecipanti diretti, la vendita della CCP o di rami della sua attività o la creazione di una CCP-ponte. Il nuovo quadro normativo inizierà ad applicarsi 18 mesi dopo la data di entrata in vigore del Regolamento, in modo da consentire l'adozione di tutte le misure di attuazione nei tempi richiesti e permettere ai partecipanti al mercato di adottare le misure necessarie per conformarsi alle nuove norme.

LA DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI “CRISI” DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

- un modello volto a supportare le Autorità di risoluzione nella loro analisi sul potenziale impatto delle opzioni di risanamento sulla risoluzione degli enti.

Il rapporto delle interconnessioni tra Piani di Risanamento e Piani di Risoluzione si sviluppa nei seguenti contenuti:

Abbreviazioni

Introduzione

Sommario esecutivo

1. Analisi comparativa dei piani di recupero e di risoluzione

1.1 *Background* e principali risultati

1.1.1 Approccio

1.1.2 Considerazioni e limiti

1.1.3 Principali risultati

1.2 Aspetti specifici dell'analisi EBA (*European Banking Authority*)

1.2.1 Elementi comuni tra i piani di recupero e di risoluzione

1.2.2 Aspetti dei piani di recupero di particolare rilevanza per i piani di risoluzione

1.2.3 Aspetti dei piani di risoluzione di particolare rilevanza per i piani di recupero

1.2.4 Impatto della strategia di risoluzione, impedimenti alla risolvibilità e misure per rimuovere gli impedimenti dai piani di recupero

2. *Focus* sulle funzioni critiche e utilizzo delle strutture della banca centrale

2.1 Funzioni critiche

Conclusioni chiave

2.1.1 Informazioni di base e analisi

2.1.2 Benefici / sinergie derivanti dall'allineamento

2.1.3 Potenziali conseguenze / rischi del disallineamento

2.2 Utilizzo delle strutture della banca centrale

Conclusioni chiave

2.2.1 Informazioni di base e analisi

2.2.2 Benefici / sinergie derivanti dall'allineamento

2.2.3 Potenziali conseguenze / rischi del disallineamento

3. Valutazione del potenziale impatto delle opzioni di recupero sulla risolvibilità

3.1 *Background* normativo

3.1.1 Introduzione

3.1.2 Impatti negativo sulla risolvibilità

3.1.3 Ruoli nella valutazione dell'impatto negativo sulla risolvibilità

3.2 Tabella di valutazione

INTERCONNESSIONI TRA IL RECUPERO E LA PIANIFICAZIONE DELLA RISOLUZIONE

3.2.1 Opzioni di recupero con probabili impatti negativi sulla risolvibilità

3.2.2 Opzioni di recupero con improbabili impatti negativi sulla risolvibilità

3.3 Approccio valutativo

3.3.1 Misure per le autorità di risoluzione

3.3.2 Misure per le autorità competenti

3.3.3 Grado di potenziale impatto

3.3.4 Informazioni necessarie per la valutazione

3.3.5 Esito della valutazione e delle raccomandazioni dell'autorità di risoluzione

4. Lavoro futuro