

STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
E DI DIRITTO COMPARATO

II

Direttori

Gabriele CRESPI REGHIZZI

Università degli Studi di Pavia

Girolamo MONTELEONE

Università degli Studi di Palermo

Nicola PICARDI

“Sapienza” Università Di Roma

Gianfranco RICCI

“Alma Mater Studiorum” Università di Bologna

Mario SERIO

Università degli Studi di Palermo

Comitato scientifico

Viviana BATTAGLIA

Università degli Studi di Palermo

Emanuela BENANTI

Università degli Studi di Palermo

Renzo Riccardo CAVALIERI

Università “Ca’ Foscari” di Venezia

Giorgio COLOMBO

Università degli Studi di Palermo

Giuseppe GIAIMO

Università degli Studi di Palermo

Rosario PETRUSO

Università degli Studi di Palermo

Federico RUSSO

Università degli Studi di Palermo

Guido SMORTO

Università degli Studi di Palermo

Domitilla VANNI DI SAN VINCENZO

Università degli Studi di Palermo

Salvatore ZIINO

Università degli Studi di Palermo

STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE E DI DIRITTO COMPARATO

La collana si propone di raccogliere e portare a conoscenza del pubblico dei lettori saggi di diritto processuale civile, di diritto comparato e di diritto processuale comparato, in modo da offrire un quadro quanto più vasto e articolato delle predette discipline giuridiche. La collana si propone altresì di incoraggiare ed incrementare l'apporto di giovani studiosi.

Marcello Stella

Crisi bancarie e tutela giurisdizionale

Studio sulla tutela dei diritti nel sistema
del dlgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. “Banche venete”





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-548-1204-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

Indice

Pagine introduttive	15
Parità di trattamento e tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nella risoluzione bancaria (D.lgs. 16 novembre 2015, n. 180)	15
1 Il dissesto (o rischio di dissesto) delle banche venete	15
2 La ricetta della liquidazione coatta <i>ad hoc</i> , addolcita da aiuti di stato, per estinguere le banche venete . . .	20
I Parità di trattamento e tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nella risoluzione bancaria (D.lgs. 16 novembre 2015, n. 180).	29
1 Cenni introduttivi. Il nuovo ordinamento della risoluzione degli enti bancari, calato dall’alto negli ordinamenti giuridici nazionali, ed i suoi obiettivi di <i>policy</i> , all’insegna della condivisione degli oneri del dissesto (“ <i>burden sharing</i> ”) da parte di azionisti e creditori . .	30
2 (Segue) L’impatto della nuova disciplina della risoluzione sul patrimonio di vigilanza delle banche, tenute ad individuare (quasi in via di “autotutela” preventiva) un quantitativo minimo di passività all’occorrenza assoggettabili a <i>bail-in</i>	34

- 3 La deroga al principio della *par condicio creditorum* è controbilanciata da una tutela di tipo indennitario, erogabile solo *a posteriori*, ossia dopo l'avvio della risoluzione, in favore di azionisti e creditori che dalla risoluzione abbiano subito un trattamento peggiore rispetto a quello che avrebbero ottenuto in caso di apertura di una procedura concorsuale. Compatibilità di tale disciplina con il diritto fondamentale di proprietà, latamente inteso, ed effetto deflattivo di tale forma di tutela sostanziale indennitaria rispetto alla proposizione di ricorsi giurisdizionali deducendo motivi di opportunità dell'agire amministrativo 39
- 4 Disamina delle critiche alla nuova disciplina della risoluzione degli enti creditizi, in base a cui la tutela giurisdizionale dei singoli colpiti dalle misure di risoluzione sarebbe indebitamente compressa. In particolare: necessità di stabilire se al divieto di consulenza tecnica d'ufficio posto in materia, consegua la preclusione di un "pieno" accesso al fatto da parte del g.a. e se ciò sia compatibile con i precetti costituzionali e col diritto a un equo processo previsto dall'art. 6 Cedu 58
- 5 La natura cautelar-preventiva dei provvedimenti di risoluzione, nell'interesse alla stabilità del sistema finanziario, giustifica, altresì, lo innalzamento dello standard del *periculum in mora* per ottenere la sospensione dei provvedimenti di risoluzione. Cenni al potere del g.a. di dichiarare salvi i diritti dei terzi aventi causa dalla banca in risoluzione, in caso di annullamento dei provvedimenti di risoluzione, nonché al potere della Banca d'Italia di "instare" per la sospensione di qualunque processo in cui sia parte la banca in risoluzione 84
- 6 Il procedimento per la determinazione dell'indennizzo eventualmente spettante ad azionisti e creditori della banca risolta. Impugnabilità della determinazione dell'esperto 90

7	Compatibilità con il diritto fondamentale di proprietà (art. 1, Protocollo 1 Cedu) di una disciplina legislativa che autorizza la p.a. a ridurre autoritativamente i diritti di azionisti e creditori e che rimette ad un terzo, estraneo alla p.a. e all'ordinamento giudiziario, la determinazione dei criteri di liquidazione dell'indennizzo, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia UE	96
8	Nella disciplina italiana di recepimento della Direttiva 2014/59/UE residuano tuttavia alcune disposizioni di dubbia compatibilità con i principi fondamentali del nostro ordinamento: in particolare, il nuovo divieto di compensazione dei crediti nei confronti della banca posta in liquidazione coatta (art. 83, co. 3-bis, tub) e la speciale graduazione tra categorie di creditori nel riparto dell'attivo (art. 91, co. 1-bis, tub)	103
9	La figura dell'ente-ponte, quale nuovo soggetto di diritto e pietra d'angolo della procedura amministrativa non concorsuale di risoluzione degli enti creditizi (rinvio)	107
II	Problemi processuali della liquidazione coatta bancaria . .	III
	Sezione I. Interruzione e riassunzione dei processi pendenti	II2
1	Premessa: l'incerto coordinamento dei rapporti tra liquidazione coatta amministrativa e processo civile, fra testo unico bancario e legge fallimentare	II2
2	La perdita della capacità processuale della banca posta in liquidazione è un evento idoneo a determinare la interruzione del processo	II4
3	L'interruzione del processo opera di diritto, dal momento della apertura della l.c.a. (a prescindere dalla pubblicazione del decreto di liquidazione), e tale evento interruttivo può essere rilevato anche d'ufficio dal giudice	II7

4	Rinvio: la interruzione del processo, finalizzata ad impedire la emanazione di una sentenza a contraddittorio non integro (e a consentire la riassunzione nei confronti del soggetto munito del potere di rappresentanza processuale), prescinde dalla (e non postula alcuna delibazione sulla) procedibilità della domanda giudiziale nei confronti della banca colpita dall'evento interruttivo	125
5	Una eccezione alla regola della interruzione automatica: il giudizio di cassazione	129
6	La individuazione del <i>dies a quo</i> per la riassunzione	129
7	Forma della riassunzione	131
8	Destinatario della riassunzione	134
Sezione II. Improcedibilità delle azioni contro la banca in liquidazione coatta amministrativa e azioni procedibili		136
1	Cenni sulla struttura c.d. "bifasica" del procedimento, a tutela giurisdizionale differita, di liquidazione coatta amministrativa. Sua più volte riaffermata costituzionalità: l'accesso alla tutela giurisdizionale per i creditori non è precluso, ma solo "condizionato" al previo esaurimento della fase amministrativa di formazione dello stato passivo. Profili sovranazionali	136
2	Confinazione dell'ambito oggettivo del divieto di nuove azioni e della regola della improcedibilità dei giudizi pendenti. Critica della tesi che vede nel divieto di nuove azioni una immunità dalla giurisdizione dell'a.g.o. della banca in liquidazione coatta amministrativa	147
3	Cenni sulla probabile genesi dell'art. 83, co. 3, tub, con precedente storico nell'art. 70, legge bancaria del 1936, e sulla interpretazione restrittiva che la prima giurisprudenza di legittimità reputò doveroso dare al divieto di azione ivi previsto	151
4	Disamina delle domande giudiziali procedibili. Azioni dichiarative	154
5	Azioni costitutive	156
6	(Segue) Azioni costitutive <i>ex art.</i> 2932 c.c.	159

7	Azioni revocatorie	162
8	Azioni cautelari	164
9	Giudizi di impugnazione	165
10	Giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo	166
11	Procedimenti avanti all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) ed avanti all'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)	169
12	Rilevabilità d'ufficio della improcedibilità delle azioni individuali	170
III	Profili sostanziali della cessione d'azienda bancaria in l.c.a.	173
	Sezione I. Debiti dell'azienda ceduta e responsabilità del cessionario	174
1	Piano di indagine	174
2	La responsabilità per i debiti nella circolazione della azienda nel codice civile (art. 2560 c.c.). Non si ha un effetto di successione <i>ex lege</i> nei debiti, ma solo un effetto di estensione della responsabilità patrimoniale del debitore originario anche all'acquirente di azienda	175
3	La sorte dei debiti nella cessione dell'azienda bancaria <i>in bonis</i> (art. 58 tub)	178
4	La responsabilità del cessionario per i debiti della azienda di banca in liquidazione coatta (art. 90, co. 2, tub). Difficoltà della dottrina di riconciliare la ambigua locuzione del comma secondo, secondo cui il cessionario risponde " <i>comunque delle sole passività risultanti dallo stato passivo</i> ", con la ipotesi di cessione di azienda disposta all'esordio della liquidazione coatta	185
5	L'art. 90, co. 2, tub non impedisce alle parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, di escludere dalla cessione determinati rapporti giuridici, attività e passività. Il cessionario di azienda non può essere chiamato a rispondere di debiti successivamente iscritti nello stato passivo, se la cessione di azienda abbia avuto luogo prima della formazione di tale atto	190
6	Non pertinenza dell'argomento, in base a cui l'art. 90, co. 2, tub sarebbe disposizione a tutela della <i>par condicio creditorum</i>	194

7	Conclusioni. L'art. 90, co. 2, tub non si erge come limite alla autonomia negoziale. Le parti sono libere di determinare lo oggetto della cessione	198
8	Il regime della responsabilità per i debiti dell'ente-ponte cessionario d'azienda di una banca posta in risoluzione. La successione dell'ente-ponte in attività e passività della banca ceduta non avviene per contratto, ma per atto autoritativo di trasferimento coatto. Necessità di interpretare il tenore dell'atto amministrativo alla luce dei principi stabiliti dalla Direttiva 2014/59/UE e, in particolare, dell'art. 43, co. 2, D.lgs. 180/2015, in base a cui "il valore complessivo delle passività cedute all'ente-ponte non supera il valore totale dei diritti e delle attività ceduti o provenienti da altre fonti"	200
9	Il regime <i>ad hoc</i> della cessione d'azienda nel D.L. 99/2017 ("banche venete") e la limitatissima responsabilità della cessionaria per debiti pregressi	214
10	Passività e, più in generale, rapporti giuridici esclusi dalla cessione	216
11	La prevista "confinazione" dell'oggetto del Contratto di cessione. Retrocessioni e restituzioni alle l.c.a. di rapporti trasferiti alla cessionaria delle aziende	222
12	Il legittimato passivo sostanziale nei nuovi processi	225
13	Cenni sul potere della Banca d'Italia, contemplato dall'art. 61, co. 1, lett. "d", D.lgs. 180/2015, di "derogare" all'art. 111 c.p.c.	230
	Sezione II. Il contenzioso con le società partecipate (ex-)controllate dalle banche in l.c.a.	234
1	Il potere del cessionario di azienda di retrocedere alle l.c.a. partecipazioni in società controllate, crediti deteriorati, crediti ad alto rischio	234
2	Disciplina sostanziale delle retrocessioni e problematiche processuali, suscettibili di insorgere qualora il diritto o il rapporto giuridico controversi siano oggetto di trasferimento o "retrocessione" dalle banche <i>in bonis</i> alle banche in l.c.a., siccome previsto dal Contratto di cessione e dal D.L. 99/2017	237

3	Erronea individuazione del legittimato passivo ed azioni costitutive di impugnativa negoziale soggette a termine di decadenza. Contratti collegati, cessione d'azienda, e scissione della legittimazione sostanziale passiva	246
	<i>Principali opere citate</i>	253
	<i>Indice Analitico</i>	267

Pagine introduttive

1. Il dissesto (o rischio di dissesto) delle banche venete

1. *Both banks presented business plans which were deemed not to be credible*”, conclude tristemente lo sfrangiato, ma disincantato e austero comunicato con cui la BCE, il 23 giugno 2017, ha annunciato il dissesto o il rischio di dissesto imminente delle banche venete (art. 18, comma 1, lett. “a”, Reg. 806/2014), a motivo di perdite già maturate o di prossima maturazione tali da privare le due entità di gran parte del loro patrimonio e da integrare così al tempo stesso la allarmante condizione prevista dall’art. 18, comma 4, lett. “a”, Reg. 806/2014.

La decisione della BCE ha accertato, in altri termini, che sia l’intervento del Fondo, poco scaramanticamente denominato Atlante (ricapitalizzazione recente da € 3,5 mld.) sia la garanzia pubblica a prima richiesta rilasciata dallo Stato sulle nuove emissioni obbligazionarie (per € 8,6 mld.) offerte dalle medesime banche solo pochi mesi fa (di cui al D.L. 237/2016, conv. l. 15/2017¹) sono valse a poco o a nulla, a fronte dell’esiziale progressivo deterioramento del portafoglio crediti verso i clienti delle ex-cooperative venete, a lungo fin troppo Popolari. *His master’s voice*, quella della Bce, ha dato il “la” all’ensemble delle *authorities* sovranazionali, che insieme danno vita al Single Resolution Mechanism (SRM), chiamate a valutare con quali modalità fosse più congruo far uscire le due banche venete da quel mercato che tanto le aveva premiate. E soprattutto con quali e quanti *side commitments*, da imporsi *a latere* all’Italia, essa sì vero Atlante, affinché il risultante accorpamento delle aziende delle due banche venete in capo a un terzo acquirente, selezionato dall’*advisor* indipendente, a sua volta selezionato con gara, non violi il divieto di concentrazioni (Reg. (CE)

1. Su cui, *si vis*, il ns. *I nuovi modi di aiutare le banche (e gli investitori?) nel decreto Salva-Risparmio*, in *Corr. giur.*, 2017, 301 ss.

139/2004²) e leda non troppo la disciplina degli aiuti di stato, grande perdente di questi anni. Il tenore e il contenuto esatto di questi accordi non è dato allo stato conoscere. È prevedibile quanto intuibile, peraltro, che nei prossimi mesi un riverbero sugli attuali livelli occupazionali dello *staff* delle banche coinvolte vi sarà, e purtroppo non trascurabile. Ed anche sul credito per le imprese venete sane, che al pari dei contribuenti pagano il conto dello sperperio non ben monitorato.

In base all'art. 18, comma 1, Reg. 806/2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento, spetta al Comitato unico per la risoluzione (*Single Resolution Board*) il compito delicato di valutare se sia nel pubblico interesse sottoporre un istituto bancario in stato di dissesto a procedure di risoluzione uniformi secondo le regole europee. Meriterà a questo punto, prima di procedere oltre, spendere qualche parola sul Comitato, figura poco nota ai non addetti ai lavori e ai novizi di una materia, il diritto europeo delle crisi bancarie, in ebollizione.

2. Il D.L. 99/2017, all'art. 3, comma 4, detta una previsione alquanto singolare, vale a dire che "se la concentrazione che deriva dalla cessione non è disciplinata dal regolamento (UE) n. 139/2004, essa si intende autorizzata in deroga alle procedure previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale". Tale previsione, di fatto, è valsa ad esautorare l'AGCM privandola dei suoi poteri di indagine sulla legittimità della operazione *de qua*. Il Garante della concorrenza, nondimeno, rilevato che l'art. 3, comma 4, D.L. 99/2017 "può porsi in contrasto con la normativa comunitaria in materia di controllo delle concentrazioni di cui all'art. 22 del Regolamento 139/2004/CE e, pertanto, è suscettibile di essere disapplicato", si è arrogato il potere di *disapplicare* tale norma di legge... esorbitando a sua volta dalle sue attribuzioni (anziché sollevare, come sarebbe parso congruo, un conflitto di poteri davanti alla Corte Costituzionale) ed ha sottoposto ad esame l'operazione per valutare il suo impatto sul mercato, in termini di potenziale riduzione della offerta, determinato dall'accorpamento delle aziende delle due banche venete nella rete della cessionaria. L'AGCM ha valutato che l'operazione rientrasse nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, e fosse soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della stessa legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate, calcolato ai sensi dell'articolo 16, comma 2, è stato superiore a 499 milioni di euro e il fatturato di ciascuna delle società di cui è prevista l'acquisizione è superiore a 50 milioni di euro. Tuttavia, rilevato che "le quote detenute dalle Parti risultano significative, senza che ciò si traduca in un reale potere di mercato delle stesse anche in ragione dell'andamento decrescente dell'ultimo triennio e alla luce della presenza di numerosi e qualificati concorrenti in grado di condizionare le dinamiche strategiche e commerciali del settore", l'AGCM ha infine concluso di non avviare una istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 4, l. 287/1990. Così il provvedimento n. 26658 adottato dall'AGCM nella adunanza del 5 luglio 2017, pubblicato nel Bollettino n. 26 del 10 luglio 2017.

Il Comitato, istituito dall'art. 42, Reg. 806/2014, è una agenzia dell'Unione dotata di personalità giuridica, con sede a Bruxelles. È composto da tanti componenti quanti sono gli Stati membri, ciascuno in rappresentanza della propria autorità nazionale di risoluzione. Ai componenti inviati dagli Stati si aggiungono un Presidente ed altri quattro membri a tempo pieno, nominati tutti dal Parlamento europeo su proposta della Commissione. Il Comitato, di norma, delibera a maggioranza semplice dei suoi membri e in caso di parità di voti è determinante il voto del Presidente.

Questa procedura riguarda la sessione plenaria del Single Resolution Board (artt. 49 e ss. del Regolamento SSM) che non rileva nel nostro caso. Le decisioni relative alla ricorrenza delle condizioni richieste per avviare la risoluzione di un ente creditizio (inclusa la cruciale valutazione della sussistenza o meno di un interesse pubblico a disporla) sono prese dalla Sessione esecutiva del Single Resolution Board (art. 18 del Regolamento SRM), ossia a composizione ristretta, formata dai cinque membri permanenti più il rappresentante della Unità di Risoluzione della giurisdizione interessata (art. 53 Reg. cit.). Se manca il consenso di tutti i partecipanti (art. 55.1) la decisione è presa a maggioranza semplice dai membri permanenti. A riprova dell'assoluta prevalenza della autorità sovranazionale rispetto alle istanze nazionali che, in concreto, non hanno voce in capitolo.

Per supplire al percepibile, e percepito, *deficit* di rappresentanza democratica di questo nevralgico ganglio decisionale della UE, l'art. 46 Reg. 806/2014, prevede, con *pruderie* forse eccessiva, che i Parlamenti nazionali degli Stati membri possano esercitare un diritto di interpello e addirittura convocare il Presidente del Comitato unico a partecipare a quello che sulla carta viene definito uno "scambio di opinioni" (*exchange of views*). Più realisticamente un *question time* sotto fuoco partitico incrociato, allorché capiti o si tema che uno o più primari istituti di credito siano posti in risoluzione. Si prevede altresì, chissà per quale recondito *lapsus* o associazione dei *drafters*, che l'invito dei parlamenti nazionali è di quelli che il Presidente dello SRB... non può rifiutare.

La vicenda delle banche venete non offrirà peraltro occasione neppure di un più blando confronto endo-parlamentare, appunto perché la vera "risoluzione" delle banche venete, qui intesa nella più ristretta e tecnica accezione accolta dal Regolamento, è stata ritenuta non

confacente, perciò da evitarsi, nel pubblico interesse. Il *Single Resolution Board* ha infatti ritenuto che sottoporre le banche venete alla procedura di risoluzione, quale prevista dalla normativa europea uniforme, non sarebbe stato necessario e che l'apertura di procedure di insolvenza o di fallimento delle due banche in base al diritto nazionale avrebbe meglio o comunque egualmente servito l'interesse generale (ma a quale livello: regionale, nazionale o europeo? veniva interrogandosi niente meno che il presidente dell'EBA sulle colonne del "IlSole24Ore" del 6.7.2017³). Dunque si è fatta applicazione del principio di proporzionalità (quale sancito dall'art. 18, comma 5, Reg. 860/2014), e si è riconosciuto che la applicazione del diritto nazionale, *at a lower level*, avrebbe portato a un risultato equivalente. Sempre il SRB valutava che una *exit* liquidatoria e definitiva non avrebbe avuto un impatto poi a tal punto rilevante sulla stabilità del sistema bancario da reclamare una risoluzione sotto la vigilanza europea, atteso il numero "limitato" di correntisti e di soggetti affidatari ed il basso volume di rapporti interbancari intrattenuti dalle due banche venete⁴. Che per inciso erano tra le prime dieci in Italia.

3. In realtà, da una lettura d'insieme del Reg. 806/2014, si evince che il parametro dell'interesse pubblico dovrà essere sempre commensurato alla fattispecie concreta. Nel caso, ad esempio, di decisioni del Comitato unico di risoluzione che dispongano la risoluzione di realtà bancarie operanti sul territorio di più Stati membri, il Comitato dovrà ponderare diversi fattori ed attenersi ai principi generali enunciati dall'art. 6, Reg. 806/2014, vale a dire: l'impatto della decisione sulla stabilità finanziaria, l'economia, le risorse fiscali, i sistemi di garanzia dei depositi e degli investitori in ciascuno Stato membro coinvolto; l'obiettivo di evitare una ingiusta penalizzazione degli interessi di uno Stato membro in particolare; la necessità di ridurre al minimo l'impatto negativo per qualsiasi parte del gruppo colpito dalla decisione. Il Comitato dovrà comunque ponderare sempre anche l'impatto e l'interesse degli Stati membri non direttamente coinvolti. Sulla preponderanza dell'interesse pubblico, anche e specie nel momento in cui gli operatori bancari entrano nella delicata fase della crisi dell'impresa, v. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1976, I, 191 ss., spec. 223 ss.

4. Così recitano testualmente i due comunicati identici dello SRB: "The functions performed by the Bank, e.g. deposit-taking, lending activities and payment services, are not critical since they are provided to a limited number of third parties and can be replaced in an acceptable manner and within a reasonable timeframe; The failure of the Bank is not likely to result in significant adverse effects on financial stability taking into account, in particular, the low financial and operational interconnections with other financial institutions; and, Normal Italian insolvency proceedings would achieve the resolution objectives to the same extent as resolution, since such proceedings would also ensure a comparable degree of protection for depositors, investors, other customers, clients' funds and assets".