

XXXI Convegno di studio “Adolfo Beria di Argentine” su problemi attuali di diritto e procedura civile della Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale – Courmayeur, 22-23 settembre 2017

La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre

Tavola Rotonda, venerdì 22 settembre 2017

Intervento del prof. Marco Lamandini*

1.- Vorrei dedicare il mio breve intervento ad elencare una lista di temi che, a mio giudizio, è necessario affrontare nei prossimi anni per completare con successo l’Unione Bancaria. Muovo da un presupposto di cui è giusto dare atto: credo che molto sia stato fatto, tenuto conto anche delle avverse condizioni economiche, politiche, istituzionali in cui ci si è trovati a dover agire nel volgere di pochi anni. Inoltre, le brevi considerazioni che seguono volutamente non trattano le modifiche proposte dalla Commissione Europea con il “pacchetto banche” del novembre 2016, e più di recente, con la proposta di riforma del sistema europeo di vigilanza finanziaria, dal momento che i temi affrontati in quelle proposte possono già considerarsi acquisiti al dibattito, benché la adozione di queste proposte e la loro implementazione sia ancora lontana (la discussione politica è ancora in una fase iniziale). Mi concentrerò invece sui temi che, a mio giudizio, restano da affrontare. Naturalmente questa breve lista di argomenti non ha alcuna pretesa di completezza né tantomeno può offrire – per sua natura – alcun tentativo di spiegazione sistematica. Del resto non è mia intenzione enunciare una teoria grandiosa di riforma. Semplicemente elenco, qui di seguito, ciò che a mio giudizio manca al nuovo ordinamento bancario europeo.

2.- Primo, mi pare non possa esservi un ordinamento bancario europeo pienamente efficiente nella misura in cui il sistema di garanzia dei depositi non sia, anch’esso, europeo. La proposta di riforma sul c.d. EDIS è pendente – e, come è noto, essa costituisce il terzo pilastro dell’Unione bancaria – ed è necessaria e urgente. E’ grave che essa si trovi in una situazione di *impasse* politico. Tanto più grave se si considera che questa proposta legislativa è verosimilmente insufficiente nei suoi timidi termini attuali, a maggior ragione se si considera il suo lungo periodo di *phasing in*. Il problema politico che ciò pone è serio, perché l’*impasse* rischia di rompere il vincolo di fiducia che i Trattati impongono tra gli Stati membri. Da un lato, la riforma è in stallo perché ritenuta (addirittura) troppo audace e idonea a fondare una “transfer Union” da parte della Germania e degli Stati membri ad essa coesi. Dall’altro lato, è noto che gli Stati periferici (e l’Italia) hanno accettato il MVU precisamente perché esso, assicurando, attraverso una vigilanza comune, piena comparabilità qualitativa tra le banche dell’euro zona, avrebbe funzionato al tempo stesso, nell’euro zona, da presupposto di un sistema unitario di garanzia dei depositi, di gestione delle crisi e di ricapitalizzazione precauzionale. La riforma dell’ordinamento bancario europeo su tutti questi aspetti avrebbe dovuto essere sostanzialmente unitaria. Essa è venuta evolvendo invece in una sequenza temporale che ha posto in coda gli aspetti politicamente più complessi, che implicano forme di mutualizzazione del debito

* Università di Bologna. Componente della Commissione di Riesame del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria e della Commissione di appello del Meccanismo Unico di Risoluzione. Componente del Gruppo Informale di Esperti di Diritto Societario della Commissione Europea. Le opinioni espresse sono a titolo personale e non vanno attribuite in alcun modo alle istituzioni di appartenenza. Si applicano tutti gli usuali *disclaimer*.

(beninteso bancario e non sovrano). L'esito è, a dir poco, in chiaroscuro: il MRU prevede sì forme di gestione delle crisi bancarie, ma solo di quelle ritenute a rilevanza sistemica nell'euro sistema (non necessariamente tutte le banche rientranti nel perimetro della vigilanza diretta della BCE nel MVU, secondo quanto ha ritenuto di recente lo SRB), mentre manca ancora sia (i) di un meccanismo di *back stop* per il Fondo di risoluzione che assicuri credibilità alla sua azione sia (ii) di una unitaria linea di azione per le crisi di rilevanza non sistemica o a rilevanza sistemica solo nazionale (in cui il test di interesse pubblico per la risoluzione non sia superato a livello europeo); la linea di ricapitalizzazione per le banche presso il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) è vincolata ad una condizionalità che, nella sua rigidità, pone, all'Europa e agli Stati membri, problemi politici e sociali tuttora irrisolti; un sistema unitario di garanzia dei depositi – semplice ed efficace – non è in vista; la politica sugli aiuti di stato seguita dalla Commissione Europea in materia bancaria è ispirata a principi elaborati prima della BRRD e del MRU che, da un lato, meriterebbero un aggiornamento alla luce dell'esperienza maturata nel nuovo contesto istituzionale e, dall'altro lato, informano l'azione della Commissione europea ad una discrezionalità i cui esiti non appaiono, in verità, del tutto prevedibili e pienamente comparabili. Manca finora una risposta comune europea al tema degli NPL (quando essa, in linea teorica, sarebbe tecnicamente alla portata, non fosse per la fortissima resistenza politica che viene, con scarsa visione europea, da molti Stati membri che considerano ciò un'eredità del passato che ciascuno deve risolvere da sé). Ciò mette gravemente a repentaglio il funzionamento (e la tenuta stessa) dell'Unione bancaria e genera forze centripete. Del fatto che lo stato attuale delle cose non corrisponda alle esigenze reali se ha una duplice prova, nella prospettiva del giurista: di natura comparata ed empirica.

a) Negli Stati Uniti, prima della istituzione della *Federal Deposit Insurance Corporation* con il *Banking Act* 1933 (seguita un anno dopo da analogo fondo per le *thrift institutions* con il *National Housing Act* 1934), i depositi o non erano protetti o lo erano a livello statale da sistemi di protezione instabili e insufficienti (basti considerare a riguardo le esperienze in Oklahoma, Kansas, Nebraska, Texas, South Dakota, Mississippi, Washington e North Dakota approfondite in un bel libro di Thomas Bruce Robb, *The Guaranty of Bank Deposits*, del 1921). Il sistema di garanzia statale risultava insomma inadeguato già in un contesto in cui esistevano forti limitazioni geografiche allo sviluppo dell'attività bancaria a livello interstatale. Quasi cento anni dopo la medesima situazione si ripropone in Europa, seppur in presenza di un mercato interno che promuove la dimensione europea dell'attività bancaria e di un meccanismo unitario di vigilanza e di risoluzione a livello di eurozona.

b) Dal punto di vista empirico, la discussa operazione di liquidazione coatta in base al diritto nazionale delle due banche venete di giugno 2017 – un modello di azione che Paul Tucker ha recentemente definito “devastante” per la credibilità del meccanismo unico di risoluzione – mi sembra sia stata in verità la risposta inevitabile, per quanto dolorosa (e, per vero, non priva di aspetti criticabili, sia nella forma prescelta di atto legislativo di diritto particolare sia in taluni dettagli operativi, verosimilmente idonei a creare un oneroso *benchmark* per il futuro per operazioni di analoga natura), ad un problema di inadeguatezza (sia in termini di risorse sia in termini di capacità di sostegno anche sul piano della liquidità) del sistema di garanzia dei depositi solo su base nazionale. Il rimborso dei depositanti dei due istituti di credito, nella circostanza, avrebbe richiesto una dotazione del fondo più di 10 volte superiore rispetto a quella disponibile, avrebbe quindi determinato la necessità (i) di ingenti contributi *ex post* da parte del solo sistema bancario italiano, già mediamente debole dal punto di vista patrimoniale, indebolendolo vieppiù con il rischio di generare esso stesso

un effetto contagio, e (ii) di un significativo prestito ponte dallo stato italiano al fondo di garanzia dei depositi, già a sua volta in deboli condizioni di finanza pubblica. L'alternativa alla cessione dei rami aziendali funzionale al trasferimento ad ISP dei depositi protetti e delle passività senior (tra cui quelle emesse con garanzia statale) avrebbe potuto essere solo quella dell'intervento di un robusto fondo di garanzia dei depositi di eurozona; che tuttavia non vi è. Senza contare che la cessazione dell'attività, almeno in genere, determina distruzione di valore, perché sostituisce al valore in continuità dei beni aziendali quello di liquidazione a pronti, di beni per di più isolatamente considerati. Di talché strumenti di continuità aziendale quali la cessione dell'azienda bancaria, l'esercizio provvisorio e la banca ponte (queste ultime pur con le complicazioni derivanti dalle necessità autorizzatorie in ordine alla licenza bancaria, ora in capo alla BCE) sono, o dovrebbero essere, a giusto titolo una componente necessaria anche dello strumentario nazionale della disciplina dell'insolvenza della banca.

3.- Secondo, l'Unione bancaria mi pare stia sottovalutando le resistenze che si oppongono ad un'attuazione efficace del nuovo ordinamento bancario europeo che derivano dal diritto societario e dal diritto fallimentare nazionali.

a) Quanto al secondo, il caso delle banche venete ha mostrato chiaramente come un processo di armonizzazione parziale – che affronti sì il tema della risoluzione delle banche per le quali siano ritenute sussistenti condizioni di interesse pubblico a livello europeo che giustificano per l'appunto il ricorso alla risoluzione (e se del caso al fondo di risoluzione) ma lasci in ombra il tema della gestione dell'insolvenza delle altre banche - consente ampio spazio di manovra ai diritti nazionali sull'insolvenza delle banche nel predisporre strumenti di gestione della crisi. Ciò – come già si accennava - non è necessariamente un male, perché risponde al principio di sussidiarietà e soprattutto consente che la normativa nazionale si faccia carico di talune, pur esistenti e ragionevoli, esigenze di tutela dell'interesse pubblico a livello statale e della necessità, se possibile, di evitare eccessiva distruzione di valore nella gestione della crisi. Ciò, tuttavia – in assenza di un quadro di armonizzazione sufficiente - inevitabilmente genera una nuova babele delle lingue (ciascuno Stato finisce altrimenti con il muoversi, in questo territorio, con piena libertà) e un ulteriore livello di complessità capace di condizionare la dinamica concorrenziale e la struttura di mercato. Ne porto qui un solo esempio, omettendo di considerare il tema della gerarchia dei creditori (il *pecking order* è allo stato dettato a livello nazionale ed è, ciò non di meno, funzionale al rispetto della clausola di NCWO nell'ambito della disciplina europea sulla risoluzione), affrontato - ma solo parzialmente risolto - dalla proposta di riforma della Commissione Europea del novembre 2016. L'emissione di passività che integrino un minimo suscettibile di riduzione o conversione in caso di risoluzione (MREL) costituisce, con tutta evidenza, la prossima sfida per le banche dell'euro zona. In linea di principio il requisito MREL vale per tutte le banche dell'Unione; tuttavia solo per le quelle sistemiche a livello globale e per le altre ritenute sistemiche a livello europeo il MREL si compone di una componente di ricapitalizzazione nella risoluzione che si aggiunge ai requisiti patrimoniali. E' facile prevedere che collocare sui mercati finanziari questi strumenti connotati da un'esposizione al rischio costituirà una impresa titanica, specialmente per le banche non sistemiche a livello globale e che hanno scarso accesso al mercato internazionale dei capitali, in particolar modo per quelle insediate negli Stati membri dalle economie più fragili. Ciò pone questioni di diritto transitorio di cui dirò brevemente tra poco. Qui mi interessa intanto segnalare come l'esenzione dalla componente di ricapitalizzazione del MREL per le banche minori si regge sul presupposto che per esse l'insolvenza

venga gestita mediante la liquidazione. Ma, se per le ragioni più sopra descritte e ben evidenziate nel caso delle banche venete italiane, ciò non può essere, mi sembra probabile che i diritti nazionali sull'insolvenza delle banche saranno modificati in modo da prevedere essi stessi requisiti simil-MREL o altri strumenti equivalenti idonei ad assicurare alla bisogna la dotazione patrimoniale minima vuoi della banca ponte vuoi dei rami d'azienda trasferiti al cessionario unitamente ai depositi protetti e alle passività senior. Può ciò avvenire al di fuori di un ragionevole quadro di armonizzazione almeno minima? Ma al contempo può pretendersi di evitare questo rischio di balcanizzazione mediante un nuovo esercizio di armonizzazione senza aver prima adempiuto all'impegno di attuare il terzo pilastro? Non lo credo.

b) Non meno preoccupante lo scenario che potrà dischiudersi ai nostri occhi allorché si renderà necessario applicare, in qualche difficile caso, il diritto societario dei gruppi. Il nuovo ordinamento bancario europeo presuppone che il gruppo bancario sia gestito in modo integrato e che la capogruppo abbia effettivi poteri di direzione e coordinamento che assicurino unitarietà di azione e tutela dell'interesse sia individuale sia di gruppo. Manca tuttavia una disciplina speciale che definisca a livello europeo il contenuto del potere nel gruppo e i suoi limiti, salvo il caso, pur molto interessante, della disciplina contenuta nella BRRD in tema di accordi di sostegno finanziario infragruppo (che tuttavia esprime regole chiamate ad operare solo in presenza di una crisi di liquidità). Molteplici sono gli ambiti nei quali la questione si presenta e condiziona profondamente l'effettività delle regole prudenziali. Tra i molti possibili, porto qui il solo esempio dei piani di risanamento e di risoluzione di gruppo (con i correlati riflessi circa l'alternativa tra "single entry point" o "multiple entry point" nella gestione della crisi). La pianificazione a livello consolidato si regge sul presupposto che la capogruppo possa imporre le azioni pianificate alle controllate; che accadrà, dunque, quando – in situazioni concrete, difficili e dall'esito incerto – gli amministratori delle controllate opporranno l'interesse individuale della società e chiameranno in soccorso il proprio diritto societario nazionale? A dispetto del prezioso tentativo di codificazione EMCA, i diritti nazionali dei 28 Stati membri si presentano tuttora molto divergenti, malgrado le apparenti similitudini di superficie, nel loro approccio al tema dell'interesse di gruppo (è possibile averne un esempio nel recente rapporto ICLEG 2016 sull'interesse di gruppo). E dunque molto probabile che il diritto societario nazionale costituisca un ostacolo serio all'attuazione di importanti componenti della disciplina prudenziale e di risoluzione europea. Se si vuole disinnescare questa trappola nascosta, una disciplina speciale uniforme o di armonizzazione massima, per il solo ordinamento bancario, analoga a quella prevista dalla BRRD per gli accordi di finanziamento infragruppo costituisce un complemento necessario dell'Unione bancaria. Essa, del resto, come è stato autorevolmente suggerito in letteratura, potrebbe utilmente prendere a modello la disciplina delle parti correlate, favorendone una disciplina uniforme o comunque di armonizzazione massima nell'ordinamento bancario, ben più completa di quella che si profila nel quadro del diritto societario generale europeo con la revisione della direttiva sui diritti degli azionisti. E ciò avrebbe anche il pregio di consentire un ripensamento, nell'ordinamento nazionale, della regola dell'astensione per il consigliere in conflitto di interessi, reintrodotta da noi (così almeno mi sembrerebbe) sulla scia di malintese spinte emotive ma che crea problemi non di poco conto nell'attuazione effettiva di necessarie politiche di gruppo. Il cantiere di diritto societario bancario europeo dovrebbe, a mio avviso, essere anche più ampio. Malgrado il molto che pur si è fatto, sia da parte dell'ABE sia da parte della BCE, per assicurare una maggiore convergenza sul piano della *corporate governance* e dei requisiti di professionalità e onorabilità, restano ampi spazi di disarmonia derivanti dalla disciplina nazionale (ad esempio sui requisiti di reputazione). Resta poi

ancora del tutto in ombra il riflesso sul piano della *corporate governance* che deriva dall'esposizione al rischio di impresa dei creditori che detengono pretese rientranti nei requisiti MREL/TLAC e dei fondi di garanzia (i quali – nella realtà *multi-stakeholder* della banca - meriterebbero una presenza, seppur di minoranza, nell'organo di gestione anche “in good times”, in considerazione del rischio che su di essi grava “in bad times”). Inoltre, per porre fine al processo di selezione avversa che attualmente mi sembra pregiudicare il funzionamento del “mercato” degli esponenti bancari (tenendo lontano da esso i più prudenti e i più avversi al rischio, che spesso sono anche tra i più competenti), la riforma del sistema di garanzia dei depositi dovrebbe accompagnarsi, come accadde negli Stati Uniti con il *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act* (FIRREA) del 1989 (12 U.S.C. § 1821(k)) all'armonizzazione del regime di responsabilità degli esponenti bancari (solo) per dolo e colpa grave (non è un caso che una simile riforma sia stata, intanto, introdotta, con valenza generale e non solo settoriale, in Francia nel Novembre 2016 dalla legge Sapin II).

3.- Terzo, mi pare importante che il cammino, solo in parte avviato dal progetto di riforma del novembre del 2016, verso una più intensa declinazione dell'ordinamento bancario europeo in funzione del principio di proporzionalità prosegua con coraggio e determinazione. Sono convinto, in proposito, che l'Europa non debba temere di fare un passo indietro, rispetto alla scelta a suo tempo effettuata (diversamente ad esempio dagli Stati Uniti e dal Giappone, e il Giappone ha molto da insegnarci sul come calibrare l'ordinamento bancario in un contesto di strutturale stagnazione economica) di estendere in principio a tutte le banche, e non solo a quelle rilevanti dal punto di vista sistemico, i requisiti di Basilea. E' tempo – almeno in una prospettiva europea, e malgrado ormai l'Italia sia avviata verso una struttura di mercato rispetto alla quale la rilevanza delle banche piccole appare marginale - di avviare il cantiere per un autonomo *small banks rule-book*, che non si limiti ad episodiche esenzioni rispetto a questa o quella previsione, ma calibri il regime normativo per le banche minori sulla concreta realtà effettuale di tale comparto, senza improprie traslazioni dal grande al piccolo. L'ordinamento bancario europeo deve essere conforme ai principi sovra-ordinati di proporzionalità e sussidiarietà e deve essere neutrale sotto il profilo della struttura di mercato: solo in questo modo la necessaria diversità dell'ecosistema bancario (pur formalmente riconosciuta un valore fondante dalla stessa CRD IV e CRR) può essere garantita. La circostanza che la questione interessi in modo diverso i diversi Stati membri, con la Germania maggiormente interessata in ragione della struttura della propria industria bancaria nazionale, non deve essere ostativa ad un disegno di riforma che giova comunque all'intera Unione (e l'esempio delle *Challenger Banks* inglesi è lì da testimoniare). L'unitarietà dell'ordinamento bancario dell'Unione non è rotta dalla coesistenza di diversi regimi ad intensità di regolamentazione crescente, nella misura in cui ciò corrisponda al diverso grado di rischio che le banche pongono alla stabilità finanziaria; al contrario l'Unione bancaria è in tal modo protetta, perché solo un certo grado di flessibilità – giustificato da ragioni obiettive – evita l'effetto di desertificazione che regole troppo rigide possono avere (ed hanno) su taluni importanti segmenti dell'industria bancaria che pur svolgono una funzione di finanziamento essenziale per la società. Ne saranno non meno interessante banco di prova la regolamentazione della FinTech (che non potrà ridursi ad una acritica trasposizione in quel diverso contesto dell'intero statuto bancario) nonché quella della micro finanza e della banca etica (partecipa di entrambe l'esperienza del *social lending*). Ne si dica, di quest'ultima, che essa costituisce un aspetto del tutto marginale dell'ordinamento bancario. Poiché, come è stato giustamente scritto da Lisa Servon in un recente libro sull'esclusione finanziaria negli Stati Uniti, il rapporto di fiducia tra sistema finanziario e società si è rotto, e milioni di persone (alcuni ritengono fino a 175 milioni negli Stati Uniti) sono escluse dal

sistema anche per la rigidità delle sue regole, sarebbe un grave errore liquidare le azioni volte a promuovere attività bancarie inclusive – che ruotano normalmente attorno alle banche di minori dimensioni, alle banche etiche, alle iniziative di microcredito e alle piattaforme innovative di *social lending* – come aspetti meramente marginali. E da lì che riparte la ricostruzione del rapporto di fiducia: qualcosa che, secondo Paul Tucker, richiederà probabilmente una generazione.

5.- Quarto, la flessibilità necessaria all'ordinamento bancario dell'Unione può (e a mio avviso deve) conseguirsi anche attraverso un (più) lungimirante e equilibrato utilizzo dei regimi transitori, il quale deve essere proporzionato, e capace di calibrare i nuovi requisiti imposti per rafforzare la stabilità e sana e prudente gestione con le, diversificate, situazioni economiche di partenza, in modo che il *phasing in* avvenga nelle fasi del ciclo meno avverse ed eviti effetti pro ciclici eccessivi. Adeguati regimi transitori hanno il potenziale di bilanciare adeguatamente la pur fondata spinta verso una maggiore uniformità delle regole e della vigilanza, assicurando un tempo congruo per l'adattamento. Possono citarsi come esempi diverse scelte che si sono effettuate in sede di esercizio delle opzioni e discrezionalità da parte della Banca Centrale Europea (per le quali una maggior flessibilità di *phasing in*, se del caso selettiva anche a livello di singolo Stato membro seppur nel quadro di un corridoio temporale predefinito, avrebbe consentito di meglio rispondere alle diverse condizioni macroeconomiche esistenti a livello dell'Unione, meglio assecondando anche le esigenze di politica monetaria) e il regime transitorio che dovrà fissarsi per l'adeguamento al MREL (e qui l'approccio seguito dalla Bank of England meriterebbe di essere imitato).

6.- Quinto, infine, il sistema giustiziale. La drammatica esperienza italiana degli NPL è frutto, oltre che di una gravissima recessione economica, anche di una non meno grave inefficienza della giustizia. La Spagna sta vivendo ora una riemersione di potenziali rischi sistemici per effetto di numerose decisioni giudiziali ispirate da prevalenti ragioni di tutela del consumatore, in parte indotte da alcune decisioni della Corte di Giustizia, avulse da valutazioni sistemiche. Di converso, la legittimazione stessa delle autorità di vigilanza prudenziale e di risoluzione – al pari di quella della Banca Centrale Europea quale autorità monetaria – è messa in discussione in una molteplicità di casi e dinanzi ad una molteplicità di corti, nazionali e internazionali, ogni qualvolta una difficile decisione deve essere adottata. Trasparenza, *accountability*, tutela giudiziale effettiva costituiscono un contrappeso necessario a fronte dei maggiori poteri – poteri molto invasivi dell'iniziativa economica e della proprietà – che il nuovo ordinamento bancario dell'Unione ha portato con sé. E' questo, di tutti, il cantiere forse più difficile (specie dopo che la recente riforma dell'ordinamento interno della Corte di Giustizia sembra aver ipotecato le possibilità, pur previste dal Trattato, d'uso di giudici specializzati). Eppure in nessun luogo più di questo risulta evidente come l'Unione sia un processo dinamico che non può restare fermo, e ove rifiuti di progredire, regredisce fino al rischio di implodere. La *governance* delle autorità, europee e nazionali, e il meccanismo giustiziale in materia finanziaria necessitano di un ripensamento e di un riassetto che assicuri piena tutela ai diritti individuali e al contempo piena tenuta degli interessi pubblici e generali. Anche qui, il tempo di agire è ora. Come scriveva Tommaso Padoa Schioppa – che più di tutti conosceva luci e ombre dell'ordinamento bancario europeo e più di tutti ha lavorato perché le luci dissipassero le ombre - diversi anni fa nel suo bellissimo *Regulating Finance* (Oxford: OUP, 2006, p.39), il sistema bancario si regge e può operare solo “within a set of stable and respected institutions”.