

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Rischio di Bail-in e gestione della liquidità in un gruppo bancario*

1. Come noto, le Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia (Tit. IV, Cap. 6, 11° agg., in avanti anche solo "Disposizioni") prevedono che le banche si dotino, tra l'altro, di sistemi di governo e di gestione del rischio di liquidità.

E' dunque abbastanza comune che i gruppi bancari abbiano regole interne (*policies*) sulla gestione della liquidità di tutti i soggetti appartenenti al gruppo.

Questo tipo di regole può in taluni casi rientrare nella nozione di "accordo di gruppo" di cui all'art. 69-duodecies t.u.b., ove è contenuta una disciplina degli accordi tra banche di un gruppo «per fornirsi sostegno finanziario per il caso in cui si realizzino per una di esse i presupposti dell'intervento precoce». Va detto, però, che la norma richiamata, al comma 2°, lett. a), esclude espressamente l'applicabilità della disciplina dell'accordo di gruppo alle operazioni di finanziamento e di gestione della liquidità eseguite tra società del gruppo bancario, se per nessuna di esse sussistono i presupposti dell'intervento precoce.

E' dunque del tutto normale che gli accordi infragruppo di gestione della liquidità *non* siano inquadrabili nella categoria dell'art. 69-duodecies t.u.b., in quanto il gruppo bancario al momento della stipula è *in bonis* e non ci sono i presupposti per le misure di *early intervention*.

Può però successivamente accadere che, anche ad anni dalla stipula della *policy*, la banca capogruppo si trovi esposta al rischio di subire misure di *risoluzione*.

Agli organi delle banche *solide* del gruppo si porrà a quel punto il problema di dare o meno attuazione all'accordo, considerati i rischi insiti nell'accentramento della liquidità presso una capogruppo divenuta *instabile*.

2. Nelle Disposizioni si fa riferimento ad alcune norme del t.u.b., tra cui ovviamente quelle che prevedono la vigilanza consolidata sui

* Il presente scritto costituisce parte di un lavoro destinato agli Studi in memoria di Michele Sandulli.

gruppi bancari (artt. 65 e 67 commi 1° e 3° t.u.b.). Non è espressamente citato – ma non è lecito assumere per ciò solo che si tratti di un silenzio significativo – l’art. 61 t.u.b., che prevede che la capogruppo possa impartire disposizioni alle controllate per eseguire istruzioni di vigilanza.

Le Disposizioni peraltro chiariscono che il loro contenuto è applicabile alle banche su base individuale oppure ai gruppi (Tit. IV, Cap. 6, Sez. I, n. 3)

Sono poi richiamati la CRD IV, il CRR, il Reg. 61/2015/UE e altre linee guida internazionali (ad es., documenti del Comitato di Basilea). Si tratta di discipline estremamente complesse che ammettono la possibilità di gestire il rischio di liquidità su base consolidata, ma che non paiono comprimere il potere e le responsabilità gestorie delle controllate al punto da renderle dipendenti dalle decisioni della capogruppo in ogni circostanza: sia il CRR che il Reg. 61/2015/UE sembrano dare infatti per scontato che non esista una certezza che le imprese di un gruppo forniscano liquidità a un’altra impresa del medesimo gruppo¹.

Nel recepire le fonti internazionali ed europee, le Disposizioni prescrivono (Tit. IV, Cap. 6, Sez. II), che:

«Nell’ambito della gestione dei rischi aziendali, le banche formalizzano le politiche di governo del rischio di liquidità e si dotano di un efficace processo di gestione dello stesso, in coerenza con le caratteristiche, le dimensioni e la complessità delle attività svolte, nonché della rilevanza della banca nel mercato di ciascuno degli Stati membri dell’Unione europea in cui è attiva.

La responsabilità primaria è rimessa, secondo le rispettive competenze, agli organi aziendali i quali devono essere pienamente consapevoli del livello di esposizione della banca al rischio di liquidità.

¹ CRR, *Considerando* 105: «Nulla garantisce che, in caso di difficoltà a rispettare le loro obbligazioni di pagamento, gli enti ricevano un sostegno di liquidità da altri enti appartenenti allo stesso gruppo. Tuttavia, a rigorose condizioni e previa approvazione specifica di tutte le autorità competenti interessate, le autorità competenti dovrebbero essere in grado di esentare singoli enti dall’applicazione del requisito in materia di liquidità e sottoporli a requisiti consolidati, per consentire una gestione centralizzata della liquidità a livello di gruppo o sottogruppo da parte degli enti». Analogo inciso di trova nel Reg. citato.

Le decisioni strategiche in materia di gestione del rischio di liquidità di gruppo sono rimesse agli organi aziendali della capogruppo che, nell'esercizio delle proprie funzioni, tengono conto delle specifiche operatività e dei connessi profili di rischio di ciascuna delle società componenti il gruppo ».

Le stesse Disposizioni dettano poi regole specifiche per i gruppi bancari (Tit. IV, Cap. 6, Sez. II, punto 7, rubricato "Ulteriori aspetti connessi con la gestione del rischio di liquidità nei gruppi bancari"):

«Nel caso dei gruppi bancari, la capogruppo, nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento, è responsabile per l'adozione di un sistema di gestione del rischio di liquidità a livello consolidato conforme ai principi richiamati nei paragrafi precedenti. Le controllate forniscono la necessaria collaborazione per il conseguimento di tale obiettivo.

In tale ambito, agli organi aziendali della capogruppo è rimessa la responsabilità, a livello consolidato, per le materie indicate alla Sezione II, par. 2². In particolare, competono ad essi:

- le decisioni strategiche su governo e gestione del rischio di liquidità;
- la fissazione della soglia di tolleranza al rischio di liquidità e la periodica verifica della coerenza del sistema di articolazione delle soglie di tolleranza eventualmente stabilite per le controllate con quella complessiva;
- la verifica dell'affidabilità complessiva del sistema di gestione del rischio di liquidità.

Nell'ambito dei gruppi bancari, nel rispetto di quanto previsto dalle disposizioni in materia di controlli interni di gruppo, di cui al Capitolo 3, Sezione IV, la funzione di controllo dei rischi (*risk management*) può essere allocata presso la società che accentra la tesoreria di gruppo ovvero essere diffusa fra più entità del gruppo stesso con un coordinamento a livello di capogruppo. In questo ultimo caso vanno regolati i rapporti reciproci in termini di tempestiva comunicazione di dati e informazioni.

² Che, nella materia del contenimento del rischio di liquidità, distribuisce i compiti tra organo con funzione di supervisione strategica, organo di gestione e organo di controllo.

Indipendentemente dall'adozione di un modello di gestione accentrata o di gestione decentrata del rischio di liquidità, il gruppo deve assicurare il mantenimento nel tempo di riserve adeguate (comprese le attività utilizzabili come garanzia) presso tutte le unità, in modo da tenere conto di eventuali vincoli di natura normativa. A tale scopo la capogruppo e le singole controllate, in particolare quelle estere, si dotano di procedure finalizzate a minimizzare eventuali difficoltà di carattere legale od operativo che possano limitare la pronta trasferibilità infragruppo di fondi o di "collateral". Particolare attenzione, nel caso dei gruppi con articolazione internazionale, va dedicata al dimensionamento delle riserve di liquidità delle componenti del gruppo aventi importanza sistemica per le economie nazionali ospitanti, soprattutto nel caso in cui queste presentino elementi di fragilità.

Ai fini del mantenimento di un livello di liquidità adeguato, i gruppi adottano strumenti e metriche coerenti per monitorare l'esposizione al rischio di liquidità a livello consolidato che consentano di controllare l'evoluzione degli aggregati patrimoniali su orizzonti di breve, medio e lungo periodo».

3. Dal quadro delineato dalle Disposizioni emerge che, sebbene le società che fanno parte di un gruppo bancario mantengano la propria autonomia - del resto, non c'è superamento della personalità giuridica, ma solo consolidamento di una *funzione* ai fini della vigilanza -, uno specifico ruolo di coordinamento in materia di gestione del rischio di liquidità è affidato alla capogruppo.

Invero, nelle Disposizioni convivono due istanze regolamentari non perfettamente congruenti.

Nel Tit. IV, Cap. 6, Sez. II, punto 7 sopra richiamato, infatti:

- da un lato, si dice che la capogruppo è *responsabile* - nel quadro della sua attività di direzione e coordinamento - per l'adozione del sistema di gestione del rischio liquidità, con ciò inducendo l'interprete a ritenere che se il modello di gestione è accentrato, la capogruppo ha la facoltà di impartire direttive alle controllate. Sulla natura vincolante di tali direttive si può discutere: se, sul piano normativo, la controllata è *tenuta a conformarsi* (solo) nel caso in cui la Banca d'Italia impartisca direttive al gruppo tramite la capogruppo, sembrerebbe potersi

sostenere che, in assenza di simili direttive, le controllate siano obbligate sul piano contrattuale, avendo sottoscritto la *policy*;

- dall'altro, lo stesso punto delle Disposizioni di Vigilanza stabilisce che «indipendentemente dall'adozione di un modello di gestione accentrata o di gestione decentrata del rischio di liquidità, il gruppo deve assicurare il mantenimento nel tempo di riserve adeguate (comprese le attività utilizzabili come garanzia) presso tutte le unità, in modo da tenere conto di eventuali *vincoli di natura normativa*».

Il che sembra porre un primo limite al potere di impartire direttive da parte della capogruppo (e al dovere della controllata di conformarsi): le controllate hanno un obbligo (normativo e/o contrattuale) di cooperare per gestire al meglio il rischio di liquidità, ma nel cooperare non devono mettere a rischio le riserve e le attività che sono necessarie per il rispetto della legge (l'espressione "vincoli di natura normativa" è talmente ampia da ricomprendere tanto principi, come la sana e prudente gestione, quanto le previsioni di dettaglio, come i requisiti di capitale su base individuale).

Sembra quindi potersi sostenere che *in teoria*, ove vi sia un rischio per la stabilità della singola unità, tale unità possa rifiutarsi di osservare la direttiva impartita dalla capogruppo in materia di rischio di liquidità attraverso l'accordo infragruppo, sempre che non sia la Banca d'Italia a chiedere di ottemperarvi.

Ove un tale rischio su base individuale non sussista, il tema di cui ci occupiamo va inquadrato in una prospettiva generale all'interno del dibattito circa:

- la sussistenza di un potere vincolante di indirizzo in capo alla capogruppo di un gruppo bancario;
- la coercibilità dei c.d. regolamenti di gruppo.

Si tratta, in sostanza, di definire la portata (e i limiti) dell'attività di direzione e coordinamento all'interno di un gruppo. Sul punto si contendono il campo due tesi. Una prima, secondo la quale l'esercizio del potere di direzione può aversi solo se gli amministratori della controllata si adeguano alle direttive della controllante senza tuttavia che ciò possa intendersi come adempimento di uno specifico dovere³;

³ ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, pp. 377 e ss. V. ora anche LAMANDINI, *Il gruppo bancario*

una seconda, a mente della quale la direttiva impartita dalla capogruppo sarebbe conseguenza di un vero e proprio rapporto giuridico⁴.

In realtà, l'adesione all'una o all'altra impostazione non conduce necessariamente a conclusioni opposte. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, gli amministratori di società controllate conserverebbero il potere gestorio (art. 2380-*bis* c.c.) e le responsabilità che ne conseguono, potendo quindi disattendere le direttive impartite ove esse pregiudichino l'interesse della società controllata che amministrano e, ciò, anche e a maggior ragione nel settore bancario dove pure esistono disposizioni speciali, come il ricordato art. 61, comma 4°, t.u.b., che potrebbero indurre a ritenere *positivizzato* un potere coercitivo di direzione e coordinamento in capo alla capogruppo⁵.

alla luce delle recenti riforme, in Banca borsa tit. cred., 2016, I, pp. 665 e ss., che cita il caso delle BCC, per le quali il d.l. 18/2016 prevede la necessità di formarsi come gruppo contrattuale.

⁴ MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, pp. 707 e ss., in part. 25, ove si legge: «il rapporto di direzione unitaria nel gruppo è un rapporto contrattuale che disegna un sistema non già di potere o di mero fatto bensì di poteri e doveri e precisamente di potere della controllante (e dei suoi organi direttivi) di imporre le direttive di gruppo», ma aggiunge, significativamente per quanto qui di rilievo, «purché, ovviamente, legittime (nei limiti cioè del principio di corretta gestione societaria e imprenditoriale precisato dal criterio dei vantaggi compensativi) e nel dovere quindi della controllata (e dei suoi organi) di dare ad esse attuazione».

⁵ Questa è la conclusione cui mi sembra pervengano sia la dottrina che la giurisprudenza che, sia pur ritenendo validi ed efficaci i regolamenti di gruppo, non dimenticano di rilevare che le direttive della capogruppo incontrano sempre un limite nel potere gestorio degli amministratori delle controllate. Cfr. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, pp. 86 ss. In giurisprudenza v. Tribunale di Biella, 12 marzo 2007, in *Giur. comm.*, 2010, 2, II, pp. 287 ss. ove si legge che se anche un accordo di gruppo consente alla capogruppo di impartire direttive vincolanti, esso «non esclude la responsabilità degli amministratori [delle controllate] per gli atti di gestione compiuti e neppure spoglia questi ultimi dal potere dovere di amministrare. Gli amministratori che si adeguano alle disposizioni impartite lo fanno sotto la loro responsabilità, assumendo come proprie, a tutti gli effetti, le relative decisioni, sicché la loro adozione non esclude il doveroso controllo dei parametri di legalità».

In linea di principio, quindi, si può affermare che una controllata può disattendere una direttiva della capogruppo, o una *policy* del gruppo, pur approvata in precedenza, se dall'esecuzione di quella direttiva o di quella *policy* le può derivare un pregiudizio.

Si deve verificare se una tale conclusione di principio valga anche con riguardo alla gestione del rischio di liquidità.

E qui, in qualche misura, sono le stesse fonti normative a chiarirlo: il gruppo non pare essere un mero fatto cui si attribuisce rilievo giuridico *ex post*, ma un insieme di imprese speciali, bancarie, che quindi rileva giuridicamente, come detto, *almeno* con riguardo alle finalità della vigilanza della Banca d'Italia. In altri termini: se anche una banca è soggetto giuridicamente distinto dalla capogruppo e, quindi da *gestire* in modo autonomo da questa, si deve considerare che: (i) il rischio di liquidità è oggetto specifico della vigilanza che la Banca d'Italia deve esercitare sui gruppi; (ii) la banca del gruppo ha aderito a una politica comune sul rischio di liquidità.

In questo quadro disattendere la *policy* non può non importare alcuna conseguenza.

Sul piano pubblicistico, l'eventuale scelta di non ottemperare alla direttiva impartita dalla capogruppo non sembrerebbe censurabile dalla Banca d'Italia, almeno non direttamente, in quanto la capogruppo è la responsabile, nei confronti dell'autorità, della gestione consolidata. Resta il fatto che la Banca d'Italia potrebbe imporre al gruppo – ivi incluse le controllate – di uniformarsi alla *policy* ove lo ritenesse necessario per la stabilità del gruppo stesso (arg. *ex art.* 61, comma 4°, t.u.b.; cfr. Disposizioni, Sezione III, ove è previsto che gli amministratori delle controllate siano tenuti a dare attuazione alle disposizioni emanate dalla capogruppo «in esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia»⁶).

⁶ Ove è previsto che: «La capogruppo verifica l'adempimento da parte delle singole componenti delle disposizioni emanate su istruzioni della Banca d'Italia per assicurarne il rispetto; ciò con particolare riguardo alla vigilanza informativa e alla vigilanza regolamentare riferita fra l'altro all'adeguatezza patrimoniale, alle partecipazioni detenibili, al contenimento del rischio, al governo societario, all'organizzazione amministrativo-contabile e ai controlli interni, ai sistemi di remunerazione e incentivazione». Si prevede peraltro che gli amministratori delle controllate sono tenuti a «dare attuazione alle disposizioni emanate dalla capogruppo in esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della

In ogni caso, ove la banca controllata decida di discostarsi dalle previsioni dell'accordo sulla gestione della liquidità deve necessariamente offrire una *motivazione puntuale*.

4. Le Disposizioni di Vigilanza⁷ offrono uno spunto al riguardo: se fornire liquidità alla tesoreria del gruppo mette a repentaglio il rispetto della disciplina applicabile alle banche del gruppo, allora sembrerebbero ricorrere le condizioni per opporre un rifiuto alla capogruppo in base al richiamato paragrafo delle Disposizioni, ove si fa riferimento al necessario rispetto, da parte delle controllate, dei «vincoli di natura normativa» (Tit. IV, Cap. 6, Sez. II, punto 7)⁸.

Evidentemente, ove la decisione di non fornire liquidità non si fondasse *su presupposti oggettivi* sarebbe molto difficile sostenere che la mancata osservanza della *policy* si è resa necessaria per preservare un interesse non sacrificabile della controllata.

In conclusione, sembra che la banca del gruppo possa discostarsi dalla *policy* di gruppo in tema di gestione accentrata della liquidità solo se ricorrono le sopra richiamate ragioni obiettive e tali ragioni obiettive sono trasfuse in una delibera puntualmente motivata da cui emerga che, nel caso di fornitura di liquidità alla capogruppo, la banca comprometterebbe la propria sana e prudente gestione o violerebbe i vincoli di natura normativa richiamati nelle Disposizioni.

stabilità del gruppo» e a «fornire ogni dato e informazione alla capogruppo per l'emanazione delle disposizioni e la verifica del rispetto delle stesse».

⁷ Si è richiamato il passaggio secondo cui: «indipendentemente dall'adozione di un modello di gestione accentrata o di gestione decentrata del rischio di liquidità, il gruppo deve assicurare il mantenimento nel tempo di riserve adeguate (comprese le attività utilizzabili come garanzia) presso tutte le unità, in modo da tenere conto di eventuali vincoli di natura normati».

⁸ Peraltro, anche se si tratta di disposizioni non applicabili al caso di specie, l'argomento pare possa essere sostenuto in via interpretativa richiamando l'art. art. 69-*quinquiesdecies* t.u.b. che, nel disciplinare le condizioni per il sostegno infragruppo, al comma 1°, lett. e) stabilisce: « la concessione del sostegno finanziario non mette a repentaglio la liquidità o solvibilità della società del gruppo che lo fornisce ». Cfr. anche l'art. 96.2 t.u.b. ove, sia pur in diversa materia, si stabilisce che la Banca d'Italia possa sospendere l'obbligo di contribuire ai sistemi di garanzia se ciò mette a repentaglio la liquidità o la solvibilità di un ente.

RAFFAELE LENER

Tutto ciò, ovviamente, a condizione che non vi sia una istruzione impartita dalla Banca d'Italia alla capogruppo che richieda alle società controllate di fornire liquidità.