

III

(Atti preparatori)

BANCA CENTRALE EUROPEA

PARERE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

del 7 giugno 2017

su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE

(CON/2017/22)

(2017/C 236/02)

Introduzione e base giuridica

Il 22 novembre 2016 la Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE⁽¹⁾ (di seguito la «proposta di direttiva»). La Banca centrale europea (BCE) ritiene che la proposta di direttiva rientri nel proprio ambito di competenza, ancorché non sia stata consultata sulla proposta di direttiva. Essa pertanto esercita il proprio diritto, previsto dall'articolo 127, paragrafo 4, secondo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di formulare pareri da sottoporre agli organismi dell'Unione competenti su questioni che rientrano nelle sue competenze.

La BCE è competente a formulare un parere un virtù dell'articolo 127, paragrafo 4, del trattato in quanto la proposta di direttiva contiene disposizioni che rientrano nella sua sfera di competenza, incluso il compito del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) di contribuire alla buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la stabilità del sistema finanziario ai sensi dell'articolo 127, paragrafo 5, del trattato e i compiti conferiti alla BCE ai sensi dell'articolo 127, paragrafo 6, del trattato in merito alle politiche relative alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi. Inoltre la proposta di direttiva incide sull'obbligo del SEBC, ai sensi dell'articolo 127, paragrafo 1, del trattato, di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione, fatto salvo l'obiettivo principale del SEBC di mantenere la stabilità dei prezzi. In conformità al primo periodo dell'articolo 17.5 del regolamento interno della Banca centrale europea, il Consiglio direttivo ha adottato il presente parere.

1. Osservazioni di carattere generale

- 1.1. La BCE valuta con favore l'obiettivo di fondo della proposta di direttiva di ridurre i principali ostacoli al libero flusso transfrontaliero dei capitali derivanti dalle divergenze tra i quadri degli Stati membri in materia di insolvenza e ristrutturazione per imprese e società. La proposta di direttiva costituisce un passo importante verso l'adozione di norme minime comuni giuridicamente vincolanti nell'Unione, in particolare per quanto riguarda le procedure di preliquidazione per le imprese e le ristrutturazioni societarie.
- 1.2. Sebbene la proposta introduca una serie di misure minime di armonizzazione di estrema rilevanza per i quadri di ristrutturazione in vigore, essa tuttavia non adotta un approccio olistico verso l'armonizzazione del diritto fallimentare nell'Unione, comprese la ristrutturazione e la liquidazione, né tenta di armonizzare aspetti centrali dell'insolvenza come: i) le condizioni per l'avvio della procedura di insolvenza; ii) una definizione comune di insolvenza; iii) il grado dei crediti; e iv) le azioni revocatorie. Mentre la BCE riconosce appieno le notevoli difficoltà giuridiche e pratiche che lo sviluppo di un approccio olistico comporterebbe, per le modifiche di ampia portata al diritto commerciale, civile e societario che dovrebbero accompagnare un tale impegno, è necessario un intervento più ambizioso per gettare le basi di una sostanziale armonizzazione del diritto fallimentare degli Stati membri, assicurando così, nel lungo periodo, una più estesa armonizzazione⁽²⁾ e contribuendo al buon funzionamento dell'Unione dei mercati dei capitali.

⁽¹⁾ COM(2016) 723 final.

⁽²⁾ Cfr. Diego Valiante, *Harmonising Insolvency Laws in the Euro Area: rationale, stocktaking and challenges*, Centre for European Policy Studies Special Report n. 153, dicembre 2016.

- 1.3. Due fondamentali obiettivi delle procedure d'insolvenza, comprese le riorganizzazioni societarie e delle imprese, sono comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici: a) l'allocazione del rischio tra i partecipanti a un'economia di mercato in modo prevedibile, equo e trasparente, incluso il corretto equilibrio nel rapporto creditore-debitore; e b) la tutela e la massimizzazione del valore a beneficio di tutte le parti interessate e dell'economia in generale⁽³⁾. La mancanza di un adeguato equilibrio tra i diritti dei debitori e quelli dei creditori nelle procedure d'insolvenza potrebbe determinare conseguenze pregiudizievoli e indesiderate. Un quadro di insolvenza ben concepito dovrebbe contemplare incentivi per tutte le parti interessate e tenere in debito conto considerazioni macroprudenziali. Inoltre, procedure d'insolvenza prevedibili rafforzano le operazioni transfrontaliere sui mercati dei capitali, mentre procedure d'insolvenza imprevedibili, in particolare in un contesto transfrontaliero, costituiscono un ostacolo significativo a un'ulteriore integrazione del mercato dei capitali. Analogamente, e in un contesto caratterizzato da livelli elevati di crediti deteriorati attualmente gravanti sui bilanci delle banche europee, la prevedibilità e la trasparenza di tali processi potrebbe contribuire a rafforzare mercati del debito in difficoltà nell'Unione, che, al momento, sono maggiormente concentrati in ambito domestico. Come minimo, gli obiettivi fondamentali delle procedure d'insolvenza nell'ambito degli Stati membri dovrebbero essere ulteriormente armonizzati, includendo un equilibrio condiviso tra i diritti dei creditori e quelli dei debitori.
- 1.4. Le imprese fanno ampiamente affidamento su accordi contrattuali che codificano la nozione di trust, riducono i costi e l'incertezza, e, al tempo stesso, sostengono nuovi progetti di investimento e opportunità imprenditoriali. Al fine di massimizzare il valore per l'economia in generale, è necessario integrare un quadro di ristrutturazione efficiente per società e imprese non finanziarie in un contesto economico e giuridico che aiuti le imprese economicamente sostenibili a ristrutturare la propria operatività. Mentre un'impresa economicamente non sostenibile dovrebbe essere rapidamente liquidata al fine di massimizzare il valore di recupero e ridurre l'incertezza per i creditori e gli altri soggetti interessati, le imprese economicamente sostenibili, le cui attività ristrutturate possono avere un valore maggiore che in caso di liquidazione, possono potenzialmente tornare a produrre ricavi per gli azionisti e rimborsi per i creditori assicurando al contempo stesso posti di lavoro. In una tale situazione, il salvataggio di un'impresa dovrebbe essere realizzato mediante procedure formali e informali. È riconosciuto che la prospettiva di procedure formali ha chiare implicazioni per i costi e gli incentivi mirati a pervenire a un accordo di ristrutturazione. Ciò implica anche che una soluzione più efficiente per la ristrutturazione di un'impresa nella prospettiva della continuazione dell'attività può incrementare il valore che deriva dalla continuazione dell'attività da parte debitore e conseguire un adeguato equilibrio rispetto ai creditori, in particolare quelli non garantiti. Il diritto di dare avvio a ristrutturazioni preventive, definire un piano di ristrutturazione, la possibilità per i creditori di decidere sul piano a maggioranza e la possibilità di nominare un professionista nel campo della ristrutturazione sono elementi che possono contribuire a preservare il valore dell'impresa. Tale approccio può anche sostenere e promuovere la stabilità finanziaria mediante le creazione dei giusti incentivi per debitori e creditori. I debitori in difficoltà sono incoraggiati a impegnarsi per tempo e in maniera significativa con i creditori, piuttosto che fare affidamento sulla possibilità di concessioni e le imprese economicamente sostenibili possono essere tenute distinte da quelle che non lo sono anche avvantaggiandosi di una ristrutturazione sostenibile. Analogamente, nonostante le limitazioni che una sospensione delle azioni esecutive imporrebbe all'esercizio dei diritti dei creditori, questi potrebbero tuttavia beneficiare di costi ridotti di rinegoziazione del debito, di un più tempestivo e agevole accesso alle garanzie e quindi del più elevato valore di esse, di un maggior spessore del mercato dei crediti deteriorati e dell'effetto di segnalazione che tale quadro potrebbe avere sulla disciplina dei debitori.
- 1.5. In aggiunta alle riforme legislative, potrebbe essere preso in considerazione un codice di buone pratiche o principi come strumento per orientare le normative nazionali in materia fallimentare verso una maggiore armonizzazione nel lungo termine. Inoltre l'adozione da parte di tutti gli Stati membri di standard internazionali riconosciuti esistenti, come la legge modello della commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) relativa all'insolvenza transfrontaliera⁽⁴⁾, potrebbe contribuire a un maggiore armonizzazione.
- 1.6. Inoltre, le normative nazionali differiscono sostanzialmente riguardo alla definizione delle ipotesi che determinano l'avvio di procedimenti di riorganizzazione⁽⁵⁾. Tale proposta offre un'opportunità unica per realizzare un regime paneuropeo basato su concetti di base comuni ed elementi fondamentali armonizzati.
- 1.7. Infine, sebbene la proposta di direttiva non si applichi alle procedure relative ai debitori che siano enti creditizi, imprese di investimento e organismi di investimento collettivo, controparti centrali e depositari centrali di titoli, imprese di assicurazione e di riassicurazione e altri enti finanziari elencati nell'articolo 1, paragrafo 1, della

⁽³⁾ Cfr. Fondo monetario internazionale (FMI), *Orderly & Effective Insolvency Procedures: Key Issues*, 1999, disponibile sul sito Internet dell'FMI all'indirizzo www.imf.org

⁽⁴⁾ Disponibile sul sito Internet dell'UNCITRAL all'indirizzo www.uncitral.org

⁽⁵⁾ Cfr. Diego Valiante, *Harmonising Insolvency Laws in the Euro Area*, citato alla nota 2, pagg. 11-12; e Gerard McCormack et al., *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, gennaio 2016, capitolo 5.2.

direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio⁽⁶⁾, possono verificarsi conseguenze indesiderate per tali enti a causa dell'impatto sui contratti finanziari con le rispettive controparti commerciali (cfr., ad esempio, il paragrafo 2.4 sull'applicabilità degli accordi di netting per close-out). Inoltre è necessario valutare attentamente le conseguenze e l'ambito della sospensione, ad esempio se la sospensione delle azioni esecutive individuali si applichi anche alle attività del debitore costituite in pegno per i crediti vantati dal creditore, anche dal punto di vista del loro possibile impatto su requisiti patrimoniali regolamentari e in particolare dal punto di vista delle tecniche di attenuazione del rischio ai sensi del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio⁽⁷⁾. In questo contesto, si giustifica un esame maggiormente articolato della relazione giuridica tra la proposta di direttiva e le disposizioni chiave della normativa dell'Unione in campo finanziario, compresi il regolamento (UE) n. 575/2013, il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio⁽⁸⁾, la direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁽⁹⁾, la direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁽¹⁰⁾ e la direttiva 2014/59/UE. A tal fine dovrebbe prestarsi particolare attenzione a potenziali conseguenze indesiderate.

2. Osservazioni specifiche

2.1. Definizione di procedure di insolvenza del diritto dell'Unione

La proposta di direttiva si aggiunge alla frammentazione esistente relativa alla definizione dei procedimenti interessati negli atti giuridici dell'Unione⁽¹¹⁾, e si discosta dall'approccio adottato dal regolamento (UE) 2015/848 in cui tutte procedure di insolvenza disciplinate sono elencate negli allegati. La proposta di direttiva dovrebbe essere utilizzata come uno strumento per la futura armonizzazione di tale definizione, piuttosto che dar luogo a un'ulteriore frammentazione concettuale.

2.2. Probabilità di insolvenza

La proposta di direttiva richiede agli Stati membri di provvedere affinché i debitori in difficoltà finanziarie abbiano accesso a un efficace quadro di ristrutturazione che consenta loro di ristrutturare i debiti o l'impresa e ripristinarne la sostenibilità economica, qualora sussista una «probabilità di insolvenza». Tale concetto richiede di essere ulteriormente elaborato nella proposta di direttiva poiché appare cruciale ai fini del quadro di ristrutturazione e non dovrebbe essere rimesso alla completa discrezionalità degli Stati membri. In particolare dovrebbero essere fornite ulteriori istruzioni ai legislatori nazionali in merito alla portata e al contenuto del concetto di «probabilità di insolvenza». In alternativa all'inclusione di tali istruzioni nella proposta di direttiva, esse potrebbero essere fornite per mezzo di norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione mediante i poteri legislativi delegati.

2.3. Necessità di una gerarchia chiara tra la proposta di direttiva e altri atti giuridici dell'Unione che influiscono sulla stabilità dei mercati finanziari

L'articolo 31 della proposta di direttiva dispone che essa lascia impregiudicati le direttive 98/26/CE e 2002/47/CE e il regolamento (UE) n. 648/2012. Inoltre, il considerando 43 chiarisce che la stabilità dei mercati finanziari dipende fortemente dai contratti di garanzia finanziaria, in particolare quando la garanzia è fornita in relazione alla partecipazione a sistemi designati o a operazioni della banca centrale e quando i margini sono forniti alle controparti centrali. Il considerando 43 sottolinea anche che, poiché il valore degli strumenti finanziari prestati in garanzia può essere molto volatile, è essenziale realizzarlo rapidamente prima che diminuisca.

Al fine di assicurare un elevato grado di certezza giuridica e dare indicazioni chiare agli Stati membri, sarebbe preferibile stabilire una chiara gerarchia tra la proposta di direttiva e i citati atti giuridici dell'Unione, prevedendo espressamente nell'articolo 31 che le disposizioni di tali atti giuridici prevalgono sulla proposta di direttiva.

⁽⁶⁾ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 173 del 12.6.2014, pag. 190).

⁽⁷⁾ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012 (GU L 176 del 27.6.2013, pag. 1).

⁽⁸⁾ Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (GU L 201 del 27.7.2012, pag. 1).

⁽⁹⁾ Direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli (GU L 166 dell'11.6.1998, pag. 45).

⁽¹⁰⁾ Direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 giugno 2002, relativa ai contratti di garanzia finanziaria (GU L 168 del 27.6.2002, pag. 43).

⁽¹¹⁾ Cfr. le definizioni di «provvedimenti di risanamento», «procedure di liquidazione» e «procedure d'insolvenza» nel regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure d'insolvenza (GU L 141 del 5.6.2015, pag. 19); nella direttiva 2002/47/CE e nella direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, e nella Direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi (GU L 125 del 5.5.2001, pag. 15), rispettivamente.

Inoltre, dovrebbe essere chiarito in che misura gli enti disciplinati dalla direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁽¹²⁾ e dalla direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio⁽¹³⁾, in particolare gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica, possano utilizzare il quadro di ristrutturazione preventiva di cui alla proposta direttiva. Si richiede a tali enti di tutelare i fondi ricevuti dai detentori di moneta elettronica e dagli utenti dei servizi di pagamento, rispettivamente, mantenendoli separati dai fondi utilizzati dall'istituto interessato per altre attività commerciali⁽¹⁴⁾. Tale separazione di fondi assume particolare rilievo in caso di procedure d'insolvenza relative a tali istituti. Né gli istituti di pagamento né gli istituti di moneta elettronica sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. Di conseguenza, l'effetto potenziale della sospensione delle azioni esecutive nei confronti degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica assoggettati alla proposta di direttiva dovrebbe essere valutato e chiarito, potenzialmente includendo un considerando aggiuntivo o ampliando l'elenco degli atti giuridici dell'Unione esclusi di cui all'articolo 31 della proposta di direttiva.

2.4. Applicabilità di accordi di netting per close-out

Dovrebbe essere chiarito in che misura la proposta di direttiva, compresa la sospensione delle azioni esecutive, opererebbe senza pregiudicare l'applicabilità degli accordi di netting per close-out tra enti creditizi e istituzioni finanziarie, da un lato, e i debitori societari, dall'altro. Si evince che le procedure di ristrutturazione preventiva, nell'accezione di cui alla proposta di direttiva, rientrerebbero nella definizione di provvedimenti di risanamento di cui alla direttiva 2002/47/CE che obbliga gli Stati membri ad assicurare che una clausola di compensazione (netting) per close-out in un contratto di garanzia finanziaria possa avere effetto in conformità ai termini in essa previsti nonostante l'avvio o il proseguimento di provvedimenti di risanamento⁽¹⁵⁾. Diverse normative nazionali prevedono un più esteso riconoscimento dell'applicabilità di disposizioni di netting per close-out al di là del contesto degli accordi di garanzia finanziaria, nonostante l'apertura di misure di risanamento. D'altro canto, gli Stati membri possono escludere dall'ambito della direttiva 2002/47/CE i contratti di garanzia finanziaria ove una delle parti sia un debitore comune costituito in forma societaria⁽¹⁶⁾. Ciò renderebbe problematica l'applicabilità di accordi di netting per close-out con tali debitori comuni costituiti in forma societaria⁽¹⁷⁾. Ciò avrebbe anche implicazioni pratiche per gli enti creditizi e gli istituti finanziari per quanto attiene alla loro capacità di soddisfare le condizioni per il riconoscimento degli accordi contrattuali di netting come una forma idonea di attenuazione del rischio di credito e di riduzione del rischio ai sensi del regolamento (UE) n. 575/2013⁽¹⁸⁾. L'introduzione di un quadro di ristrutturazione preventiva a livello dell'Unione esige che tale questione sia esaminata attentamente.

Quando la BCE raccomanda di modificare la proposta di direttiva, indica in un separato documento di lavoro tecnico specifiche proposte redazionali, accompagnate da note esplicative. Il documento di lavoro tecnico è disponibile in lingua inglese sul sito Internet della BCE.

Fatto a Francoforte sul Meno, il 7 giugno 2017

Il presidente della BCE

Mario DRAGHI

⁽¹²⁾ Direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE (GU L 267 del 10.10.2009, pag. 7).

⁽¹³⁾ Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE (GU L 337 del 23.12.2015, pag. 35).

⁽¹⁴⁾ Cfr. l'articolo 7 della direttiva 2009/110/CE e l'articolo 10 della direttiva (UE) 2015/2366.

⁽¹⁵⁾ Cfr. l'articolo 2, paragrafo 1, lettera k), e l'articolo 7 della direttiva 2002/47/CE relativi al riconoscimento a livello legislativo del netting contrattuale.

⁽¹⁶⁾ In particolare, quando un debitore non rientra in alcuna delle categorie indicate nell'articolo 1, paragrafo 2, lettere da a) a d), della direttiva 2002/47/CE.

⁽¹⁷⁾ Cfr. articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2002/47/CE in merito alla possibilità per gli Stati membri di escludere accordi di garanzia finanziaria per talune controparti.

⁽¹⁸⁾ Cfr. articoli 206 e 296, del regolamento (UE) n. 575/2013.