

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione
4 • 2023



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizoli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

Parte prima (Dottrina)

1. **La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma** 1
di Marilena Rispoli Farina
2. **PMI ed Europa: osservazioni giuridiche in ordine alla nuova sovranità digitale** 31
di Maria Alessandra Stefanelli
- .
4. **International Tax disputes: The case of India, Australia and the United States (Le controversie tributarie internazionali: il caso India, Australia e Stati Uniti)** 41
di Emanuela Di Rauso

Parte seconda (Giurisprudenza)

.

La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma

di Marilena Rispoli Farina

Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The European Commission has adopted a proposal to adapt and further strengthen the current EU framework for banking crisis management and deposit insurance (CMDI), with a particular focus on medium-and small-sized banks which have often been bailed out with the use of taxpayers money rather than with the internal resources of the bank or private management financed by the sector.

The proposal will allow authorities to organize the orderly exit from the market of a failing bank of any size and business model, with a wide range of tools.

In particular, it will facilitate the use of deposit guarantee schemes, also extended to public bodies as well as to taxpayers money deposited in certain types of funds.

The implementation of the proposed reform is not without problems and the experience of other European systems such as the Italian one shows that the orderly exit from the market for small and medium-sized banks can also be achieved with special liquidation. The extended use of deposit guarantee funds is not approved either at national or European level, as it could lead to a compression of the autonomy of guarantee funds and excessive costs for the banking sector which could also have repercussions on customers.

SINTESI

La Commissione europea ha adottato una proposta per adeguare e rafforzare ulteriormente l'attuale quadro dell'UE per la gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi (CMDI), con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni che sono state spesso salvate con l'utilizzo del denaro dei contribuenti anziché con le risorse interne di tipo obbligatorio della banca o di gestioni private finanziate dal settore. La proposta consentirà alle autorità di organizzare l'uscita ordinata dal mercato di una banca in crisi di qualsiasi dimensione e modello aziendale, con un'ampia gamma di strumenti. In particolare, faciliterà l'uso di sistemi di garanzia dei depositi, esteso anche agli enti pubblici nonché al denaro dei clienti depositato in alcuni tipi di fondi della clientela.

L'attuazione della riforma proposta non è esente da problemi e l'esperienza di altri ordinamenti europei come quello italiano mostra che l'uscita ordinata dal mercato per le banche piccole e medie può essere realizzata anche con la liquidazione speciale. L'utilizzo esteso dei fondi di garanzia dei depositi non è approvato né in sede nazionale che europea, potendo comportare una compressione dell'autonomia dei Fondi di garanzia e costi eccessivi per il settore bancario che potrebbero anche ripercuotersi sui clienti.

SOMMARIO

1. Premessa - **3.** Luci ed ombre della riforma. I principali profili di criticità - *3.1. Il public interest test* - *3.2. La depositor preference* - *3.3. L'uso del Dgs in risoluzione* - **4.** La proposta di revisione della Dgsd - **6.** Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

1. Premessa

Il 18 aprile 2023 la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di proposte per riformare l'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi (c.d. "*crisis management and deposit insurance framework*" o "*CMDI*").¹ La proposta intende affrontare alcuni temi emersi a seguito

¹ Le proposte di riforma sono disponibili al seguente indirizzo: <https://finance.ec.europa.eu/publications/reform-bank-crisis-management-and-deposit-insurance-framework-en>.

Una tappa fondamentale per arrivare alla proposta è stata costituita dalla posizione formulata dall'Eurogruppo nell'accordo politico raggiunto a giugno 2022. Se da un lato è stato rinviato a un secondo momento il completamento dell'Unione Bancaria con l'edificazione dell'Edis, alla luce della distanza di opinioni tra i vari paesi dell'Eurozona, dall'altro è stato dato impulso al processo di revisione del CMDI framework con l'invito formulato alla Commissione, al Consiglio e al Parlamento a completare l'iter entro la primavera del 2024, in corrispondenza del termine dell'attuale ciclo legislativo. L'Eurogruppo ha altresì indicato quattro elementi chiave per il processo di revisione, relativi alla revisione della valutazione della presenza dell'«interesse pubblico» per l'avvio della procedura di risoluzione (*public interest assesment, Pia*), all'applicazione più estesa della risoluzione, all'armonizzazione dell'utilizzo dei Deposit Guarantee Schemes (Dgs) nelle crisi e, infine, di alcuni elementi delle leggi nazionali in tema di insolvenza. La presentazione della proposta legislativa della Commissione per la revisione del CMDI framework, già attesa per la fine del 2021, è stata dunque più volte posticipata e, in ultimo, pubblicata il 18 aprile 2023.

Per le premesse teoriche della CMDI, nell'ottica del processo di piena realizzazione dell'Unione bancaria, si veda T.F. HUERTAS, *Reset Required, The Euro-Area Crisis Management and Deposit Insurance Framework*. In *Journal of Financial Regulation*, Volume 8, Issu 2, September 2022, oo. 187 - 202, <https://doi.org/10.1093/jfr/fjac0007>.

delle recenti crisi che hanno interessato il settore bancario – non solo in Europa ma anche negli Stati Uniti e in Svizzera² – e si propone di rafforzare ulteriormente le regole a tutela dei risparmiatori e della stabilità del mercato, con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni.

Per il dibattito precedente, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies. Programma di valutazione del settore finanziario. Nota tecnica - Bank resolution and crisis management*, FMI Country Report n. 18/232, luglio 2022, pp. 22 e 23; S. SCATIZZI, *Failing or probabile fallimento ma nessuna risoluzione - un possibile punto di vista*, in *ESCB Legal Conference* (6 e 7 settembre), dicembre, 2018, p. 153; J. PULGAR EZQUERRA, *Hacia la armonización europea de la resolución de bancos y entidades financieras: deficiencias y retos*, in *La Ley Mercantil*, 2019 n. 64, dicembre, sez. VI, pp. 1 e 19-21; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *“Bank failure management in the European banking union: What's wrong and how to fix it”*, in *Financial Stability Institute Occasional Papers*, n. 15, luglio 2020, pp. 1, 2 e 2022; A. CARRASCOSA, *Come migliorare la gestione delle crisi bancarie di piccole e medie dimensioni?* in *Moving forward: Monetary Union after Covid 19. A Yearbook on the Euro*, *Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO*, 2021, pp. 245, 247 e 257; J.ÿH BINDER, *The next step: Verso quadri armonizzati per la liquidazione di enti creditizi non sistematicamente rilevanti nell'UE? Una discussione di scelte politiche e potenziali impedimenti*, EBI Working Paper Series, n. 115, febbraio, 2021, pp. 17 e pp. 9-27; E. KÖNIG, *Il quadro di gestione delle crisi per le banche nell'UE: cosa si può fare con le banche di piccole e medie dimensioni?*, in *Il quadro di gestione delle crisi per le banche nell'UE. Come affrontare la crisi delle piccole e medie banche?* in *Seminari e convegni. Workshop e Convegni*, n. 24 maggio 2021, Banca d'Italia, pp. 137 e 138; C. BRESCIA MORRA, A.F. POZZOLO, N. VARDI, *Il completamento dell'Unione bancaria. Il caso della gestione delle crisi delle banche di piccole e medie dimensioni*, Approfondimento richiesto dalla commissione ECON, maggio 2023, pp. 1-33.

Il complessivo pacchetto di riforme riguarda tre atti legislativi: la Direttiva 2014/59/UE sulla risoluzione delle banche (Bank Recovery and Resolution Directive, Brrd); la Direttiva 2014/49/UE sui sistemi di garanzia dei depositi (Deposit Guarantee Schemes Directive, Dgsd); il Regolamento 806/2014 sul meccanismo di risoluzione unico (Single Resolution Mechanism Regulation, Srmr). Si tratta di una riforma corposa e di complessa analisi e valutazione, i cui elementi, ai fini di una indagine puntuale, devono essere letti in stretta connessione fra loro, in considerazione delle numerose interrelazioni fra i vari atti normativi. Occorre poi valutare attentamente l'insieme delle condizioni e dei vincoli posti per l'effettiva applicabilità, in particolare, degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi in tale rinnovato contesto regolamentare. Al riguardo, molteplici sono le perplessità che permangono sulla reale efficacia della riforma, come sta emergendo dai dibattiti in corso e dalle prime posizioni espresse in merito. Si veda di recente l'intervento di L.F. SIGNORINI (Direttore Generale della Banca d'Italia) che condivide l'opportunità del pacchetto CMDI di revisione del sistema di soluzione delle crisi e di intervento dei Fondi di Garanzia dei depositi, con uno sguardo di favore alle strategie adottate negli Stati Uniti dal Federal Deposit Insurance Corporation, ma non l'estensione

La proposta della Commissione prende le mosse dall'osservazione che, sebbene sia stata varata la c.d. Banking Union nel 2014 e siano pienamente operativi due dei suoi tre pilastri,³ molte banche in crisi di medie e piccole dimensioni sono state gestite con soluzioni al di fuori del quadro di risoluzione delineato a livello europeo: in diversi casi, infatti, gli Stati membri hanno fatto ricorso a risorse del bilancio

della risoluzione alle banche minori, per la difficoltà di adempiere l'obbligo di disporre di passività intaccabili in caso di crisi (MREL), come pure l'introdurre limiti più stringenti alla ricapitalizzazione precauzionale. Denuncia, inoltre, la mancata previsione di una valvola di sicurezza, simile alla "systemic risk exception" statunitense che consenta di superare i vincoli ordinari per far fronte alle situazioni di instabilità sistemica, così da evitare il "contagio", come dimostra ancora l'esperienza degli Stati Uniti d'America nelle recenti crisi del mese di marzo del corrente anno. Si veda *Intervento*, alla Giornata del credito, Roma 5 ottobre 2023, pp. 7 e ss., in *Giornata del Credito (bancaditalia.it)* Si veda anche P. ANGELINI (*Vice Governatore delle Banca d'Italia*), *Le crisi bancarie del 2023: alcune prime riflessioni*, Roma 8 novembre 2023, in *Banca d'Italia - Intervento di Paolo Angelini su "The banking crises of 2023: some initial reflections" (bancaditalia.it)*. Favorevole alla riforma appare A. ENRIA, Presidente uscente del consiglio di Vigilanza della BCE, in quanto "offre maggiore flessibilità e facoltatività nelle gestione delle crisi di banche di medie dimensioni, con un ambito più ampio per la risoluzione e maggiore possibilità di utilizzare sistemi di garanzia dei depositi come strumenti per finanziare potenziali soluzioni al minor costo", in *A race car camouflaged as a tanker*, 2023, *Intervista*, in *Supervision Letter*, 15 novembre 2023.

² Le crisi finanziarie che si sono verificate negli Stati Uniti d'America e in Svizzera nel mese di marzo 2023, quantunque di natura e portata diversa, hanno scosso profondamente i mercati e evidenziato, tra l'altro gravi carenze nell'attività di vigilanza e scarsa competenza in materia di gestione dei rischi. Il venir meno della fiducia nel sistema bancario, con il conseguente *run* dei depositanti ha reso necessario l'intervento dei Governi e dei regolatori a porre rimedio, per tutelare i depositanti e la stabilità del sistema finanziario. La crisi di SVB, la prima banca americana ad essere salvata, nasce da una cattiva gestione dei rischi e da una governance inefficace, dalla deregolamentazione operata nell'ultimo decennio, e da una vigilanza troppo accomodante. Rappresenta anche la conferma dell'inadeguatezza dell'impianto regolamentare vigente in USA, incapace di limitare i rischi originati dalla trasformazione delle scadenze e dal leverage, che da sempre hanno consentito alle banche di sfruttare le imperfezioni del mercato per massimizzare i profitti di breve termine. Si veda in tal senso E. MONTANARO, *Brevi riflessioni sul fallimento della Silicon Valley Bank* in *Janus* 2022, n. 26, pp. 133 e ss. Per il dibattito sulle conseguenze delle crisi americane e svizzera si veda a M. RISPOLI FARINA., *Quali lezioni dalle crisi bancarie di marzo? Crolli timori e riforme*, in *Janus* 2022, n. 26, pp. 115 e ss. Si vedano anche A. PALLINI, M. DE CESARE, F. CALARCO, G. GRASSO, R. DE LISA, *Recenti casi di crisi bancarie nell'era del bankclick run*, in *BANCARIA*, 2023, n.3, pp. 1 e ss., e in <https://www.fiftd.it>; Per la crisi del Credit Suisse si veda A. MESSORE F. BONARDI, *Crisi bancarie e strumenti Additional Tier 1: il caso credit Suisse* in *Diritto Bancario*, aprile 2023, pp. 1 e ss., Per le conseguenze sul piano regolamentare, delle crisi bancarie del marzo 2023, si

pubblico (c.d. bail-out) anziché attivare il c.d. bail-in o altri meccanismi di risoluzione, ovvero ricorrere a sistemi di tutela dei depositi e fondi di risoluzione. Con la proposta suddetta la Commissione intende consentire alle autorità di risoluzione di organizzare l'ordinata estromissione dal mercato di una banca in crisi di qualsiasi dimensione mediante un'ampia gamma di strumenti. Il tema è di stretta attualità poiché, sebbene la riforma del quadro normativo di riferimento sia oggetto di discussione da diversi anni, le recenti crisi bancarie hanno sottolineato l'importanza di garantire che le disposizioni dell'UE per la gestione delle stesse siano più solide, omogenee ed efficaci.⁴

2.-I principali elementi della riforma

La Commissione propone di apportare modifiche legislative alla Direttiva 2014/59/UE (BRRD) in materia di risanamento e risoluzione delle banche, al Regolamento (UE) n. 806/2014 (SRMR) sulla risoluzione delle banche nel quadro del meccanismo di risoluzione

vedano P. ANGELINI (Vicegovernatore delle Banca d'Italia), *Le crisi bancarie del 2023: alcune prime riflessioni*, cit., p. 2.

Per i contenuti del CMDI si veda A. PALLINI, G. CALARCO, G. GRASSO, R. DE LISA, *La proposta di nuove regole europee sulle crisi bancarie: cosa cambia per i sistemi di garanzia dei depositi?* in *BANCARIA*, 2023, n. 9, pp. 69 e ss.

Per il progetto Unidroit sulla soluzione della crisi delle medie e piccole banche, L. TIRADO, M. THIJSEN, *Il progetto Unidroit sull'insolvenza bancaria: come affrontare il fallimento delle banche di piccole e medie dimensioni*", in A. CAPOLINO, *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, *Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica*, n. 95, aprile 2023, pp. 123-137.

³ Ci si riferisce al Single Supervisory Mechanism (SSM) e al Single Resolution Meccanismo (SRM), cui deve aggiungersi il terzo pilastro costituito dai sistemi di tutela dei depositi, (EDIS) rispetto al quale, tuttavia, allo stato non è ancora stato raggiunto un accordo politico tra i co-legislatori dell'Unione (la proposta della Commissione, presentata il 24 novembre 2015, non ha mai concluso l'iter legislativo richiesto per la sua definitiva approvazione.

⁴ Si veda per il contenuto del pacchetto CMDI, la *COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, ALLA BANCA CENTRALE EUROPEA, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI* sul riesame del quadro per la gestione delle crisi e l'assicurazione dei depositi che contribuisce al completamento dell'Unione bancaria, in *EUR-Lex - 52023DC0225*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>, pp.1 e ss.

unico e del fondo di risoluzione unico e alla Direttiva 2014/49/UE (DGSD) relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. Gli elementi principali su cui insiste la proposta della Commissione possono essere così indicati:

Concetto di interesse pubblico.

La proposta di riforma fornisce chiarimenti sulla valutazione dell'interesse pubblico nella gestione delle crisi bancarie al fine di armonizzare gli approcci seguiti in proposito dalle autorità e di ridurre il loro margine di discrezionalità. In particolare, il criterio di valutazione consistente nella minimizzazione del ricorso alle misure pubbliche di finanziamento viene modificato in modo da distinguere tra l'utilizzo di risorse del bilancio pubblico (che deve essere evitato) e l'impiego di risorse dei fondi di risoluzione o del sistema di garanzia dei depositi (che è consentito nei limiti definiti dalla normativa). L'autorità di risoluzione deve comparare le misure di supporto pubblico che possono essere adottate in uno scenario di risoluzione e di insolvenza per decidere se l'applicazione di misure di risoluzione risponde all'interesse pubblico.

2) Utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento delle crisi bancarie.

La proposta di modifica intende facilitare l'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento degli strumenti di gestione delle crisi. L'utilizzo dei fondi deve avvenire solo come complemento rispetto alla capacità interna di assorbimento delle perdite delle banche, che rimane la prima linea di difesa. È introdotta la possibilità di utilizzare i fondi di tutela dei depositi per consentire il trasferimento di depositi e attività ad un acquirente terzo o un ente-ponte, coprendo con le risorse dei fondi la differenza tra il valore del passivo e dell'attivo, nonché per far fronte al fabbisogno di fondi propri dell'acquirente. Ad esse si aggiunge una proposta di modifica del c.d. "Daisy Chain Act" relativo ad alcuni aspetti del MREL (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities*). Il contributo dei fondi di tutela dei depositi sarà inoltre considerato ai fini della soglia

dell'8% del totale delle passività e dei fondi propri della banca (TLOF) che consente il ricorso ai fondi di risoluzione, alle condizioni precisate nella proposta della Commissione.

3) Test del costo minimo.

L'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento degli strumenti di gestione delle crisi deve essere soggetto a un test armonizzato detto "del costo minimo": i costi sostenuti dai fondi di tutela dei depositi per intervenire nell'ambito della procedura di risoluzione non devono essere superiori ai costi che sarebbero stati sostenuti dagli stessi laddove si fosse reso necessario coprire le perdite subite dai depositanti in relazione ai depositi protetti dal sistema di garanzia.

4) Gerarchia dei crediti in caso di insolvenza.

La disciplina europea prevede, attualmente, che i depositi protetti e le pretese dei fondi di tutela dei depositi siano sovraordinati ai depositi non protetti nella gerarchia dei crediti in caso di insolvenza, mentre i depositi non protetti di persone fisiche e PMI sono sovraordinati rispetto alle pretese dei creditori chirografari. Nulla è previsto in ordine ai depositi non protetti di soggetti diversi da persone fisiche e PMI, che in alcuni Stati membri sono assimilati ai crediti chirografari, mentre in altri Stati membri (tra cui l'Italia) sono gerarchicamente sovraordinati a questi ultimi (c.d. *general depositor preference*). La gerarchia delineata dalla normativa europea costituisce, tuttavia, un limite al ricorso ai fondi di tutela dei depositi per il finanziamento delle crisi bancarie secondo la nuova logica del test del costo minimo⁵, così come un possibile ostacolo all'applicazione delle misure di risoluzione alla luce del principio del "*no creditor worse off*". La proposta della Commissione prevede dunque l'introduzione di una *general depositor preference* unica

⁵ Tale circostanza è dovuta al fatto che, considerata la posizione gerarchica particolarmente elevata delle pretese che i fondi in questione avrebbero verso la banca dopo aver rimborsato i depositi protetti, è probabile che l'importo recuperato dai fondi in caso di liquidazione sia comunque significativo o elevato; il che restringerebbe i margini di manovra per utilizzare i fondi del sistema di garanzia dei depositi in caso di risoluzione sulla base del test del costo minimo.

(single-tier) che include tutte le tipologie di depositi sopra menzionati, eliminando la gerarchia relativa tra le tre categorie di depositi contemplate dall'attuale normativa (three-tier).

5) Condizioni per adottare misure straordinarie di supporto pubblico.

Nel quadro normativo attuale è possibile per gli Stati membri adottare misure straordinarie di supporto pubblico al ricorrere di determinate condizioni eccezionali: ciò consente di fatto agli Stati membri di disapplicare in larga parte il quadro normativo in materia di risoluzione, ivi incluse le norme in materia di bail-in⁶. La proposta intende restringere le opzioni riconosciute dalla normativa attuale, limitando l'adozione delle misure in questione ai casi di ricapitalizzazione precauzionale, misure preventive dei fondi di tutela dei depositi adottate per preservare l'accesso ai depositi e altre forme di supporto garantite nell'ambito di procedure di liquidazione. Sono disciplinate in modo più dettagliato le misure di ricapitalizzazione precauzionale, al fine di assicurare che le stesse possano essere adottate soltanto in via temporanea per consentire a una banca di sopravvivere a degli shock esterni. La banca beneficiaria delle misure in questione non deve essere insolvente e l'autorità competente deve confermare che essa rispetterà verosimilmente i propri requisiti patrimoniali per i successivi 12 mesi.

6) Misure di intervento precoce.

Nella proposta della Commissione si prevede di allineare le circostanze che consentono di adottare misure di intervento precoce a quelle che permettono l'adozione di provvedimenti di vigilanza dell'autorità secondo il quadro normativo europeo applicabile alle banche e alle imprese di investimento, fatte salve alcune circostanze aggiuntive che possono legittimare l'adozione della prima tipologia di misure. La proposta della Commissione supera il rapporto di sequenzialità tra misure di intervento precoce, rimozione degli

⁶ Su questi aspetti e sulle relative implicazioni, anche con riferimento alle recenti crisi bancarie, si veda A. MESSORE. F. BONARDI, *La Proposta, ult. cit.*

esponenti aziendali e nomina di un commissario temporaneo, dovendo le autorità di vigilanza scegliere tra le misure più idonee da applicare secondo il principio di proporzionalità. Sono poi eliminate alcune sovrapposizioni tra misure di intervento precoce e di vigilanza e vengono chiariti gli obblighi di informazione e coordinamento tra autorità di vigilanza e di risoluzione in caso di early intervention.

7) Attivazione delle misure di risoluzione e “*early warning*”.

Nella proposta è prevista l'introduzione di un meccanismo di notifica (c.d. *early warning*) in forza del quale l'autorità competente deve avvisare l'autorità di risoluzione non appena si materializzi un significativo rischio che una banca si trovi in una situazione che possa determinare l'eventuale applicazione di misure di risoluzione. Durante questo periodo (c.d. “*early warning period*”) l'autorità di risoluzione dovrebbe essere posta in condizione di monitorare la situazione della banca e valutare le misure disponibili, coordinandosi con l'autorità di vigilanza competente. Recependo anche le indicazioni fornite sul punto dalla Corte di giustizia ⁷, la proposta chiarisce gli step delle valutazioni che devono essere effettuate da autorità competenti e di risoluzione per avviare la procedura di risoluzione.

8) Finalità delle procedure ordinarie di liquidazione

Secondo quanto previsto dalla normativa europea attuale, le banche che non sono soggette a risoluzione sulla base del test dell'interesse pubblico devono essere poste in liquidazione secondo le norme nazionali applicabili. Non è prevista, tuttavia, alcuna forma di armonizzazione di tali procedure di liquidazione a livello europeo e l'esperienza ha dimostrato che in talune circostanze le procedure di liquidazione sono state utilizzate per ristrutturare le banche in crisi invece che facilitarne l'uscita dal mercato. La proposta della Commissione interviene sul punto specificando che le procedure nazionali in questione devono garantire l'uscita dal mercato della banca oggetto di liquidazione entro un lasso di tempo ragionevole.

⁷ Corte di Giustizia Europea (terza sezione), Sentenza del 6 maggio 2021. ABLV Bank contro ECB, C-551/19 P e C-552/19 In *eur-lex.europa.eu-Lex.Europa*.

9) Previsioni in materia di MREL.

La Commissione intende precisare le modalità di calibrazione del requisito MREL laddove la strategia di risoluzione preveda il trasferimento degli attivi e delle passività bancarie. Con la proposta saranno poi introdotti alcuni chiarimenti relativi, tra l'altro, alle restrizioni alle distribuzioni derivanti dal rispetto del requisito MREL e dei coefficienti di riserva del capitale, al trattamento delle passività strutturalmente subordinate e alle c.d. *contingent liabilities*. Con un atto separato (c.d. Daisy Chain Act) la Commissione chiarisce alcuni aspetti concernenti l'applicazione della disciplina MREL, in particolare nell'ambito di gruppi bancari (c.d. *internal MREL*).

10) Disciplina dei fondi di tutela dei depositi.

La proposta della Commissione modifica, infine, la disciplina in materia di fondi di tutela dei depositi (DGSD) introducendo una serie di precisazioni e misure di armonizzazione, ad esempio sulle modalità di pagamento dei rimborsi ai depositanti, sul termine di prescrizione (fissato a 5 anni) dei relativi diritti verso i fondi, le pretese esercitabili dai fondi verso la banca successivamente al rimborso dei depositanti, etc.

In conclusione, la proposta della Commissione interviene a colmare alcune lacune della disciplina europea in materia di risoluzione, da un lato introducendo maggiori elementi di flessibilità (in particolare con riferimento all'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi), dall'altro lato riducendo la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di sostegno pubblico o di ristrutturazione delle banche al di fuori del quadro normativo europeo, ad esempio attraverso la ricapitalizzazione precauzionale o l'applicazione di procedure di liquidazione giudiziale per le banche di medie o piccole dimensioni. Come evidenziato nella valutazione d'impatto che accompagna il pacchetto legislativo adottato dalla Commissione, la riforma proposta sarebbe ancora più efficace ove combinata con un sistema di garanzia dei depositi comune a tutti gli Stati membri ⁸. Tale schema,

⁸ 8 Cfr. http://ec.europa.eu/finance/docs/law/230418-impact-assessment_en.pdf.

come si è sempre sostenuto con la sua previsione, espanderebbe la rete di sicurezza disponibile per proteggere i depositanti riducendo la vulnerabilità dei fondi nazionali di garanzia dei depositi a shock locali di grandi dimensioni. La Commissione ha altresì annunciato che sta effettuando una valutazione complessiva della disciplina sugli aiuti di Stato alle banche, che costituisce un tassello cruciale per definire il quadro normativo applicabile in materia di risoluzione, soprattutto con riferimento alla gestione delle crisi delle banche di piccole e medie dimensioni.

Gli effetti complessivi delle misure proposte dalla Commissione dovranno essere pertanto valutati anche alla luce degli ulteriori provvedimenti che potranno essere adottati dalle istituzioni europee in relazione al terzo pilastro dell'Unione Bancaria e alle norme in materia di aiuti di Stato.

3. Luci ed ombre della riforma. I principali profili di criticità

Risulta evidente, anche da un primo sguardo di insieme, che è stata messa in cantiere una riforma ambiziosa, corposa e di complessa analisi e valutazione, i cui elementi, come si è già sottolineato, ai fini di una indagine puntuale, devono essere letti in stretta connessione fra loro, in considerazione delle numerose interrelazioni fra i vari atti normativi. Occorre poi valutare attentamente l'insieme delle condizioni e dei vincoli posti per l'effettiva applicabilità, in particolare, degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, su cui si concentrerà il presente intervento, in tale rinnovato contesto regolamentare.

Al riguardo, numerose perplessità permangono sulla reale efficacia della riforma, come sta emergendo dai dibattiti in corso e dalle prime posizioni espresse in merito.⁹

⁹ Si vedano P. ANGELINI. - L.F. SIGNORINI, *op. cit.*, SMACCARONE, *op. cit.* Di particolare interesse le posizioni di A. ENRIA, che ha segnalato da tempo il problema della gestione della crisi delle piccole banche. Si veda *La gestione delle crisi delle banche di medie dimensioni: la necessità di un approccio europeo. Intervento di apertura, al workshop della Banca d'Italia sul quadro di gestione delle crisi bancarie*

3.1. Il public interest test

Un primo elemento di perplessità che emerge dall'analisi della proposta attiene al sostanziale mutamento nell'approccio del framework proposto rispetto a quello attualmente in vigore. In particolare, appare evidente l'accresciuta rilevanza ora attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alle procedure di liquidazione, governate dal diritto nazionale, e agli altri strumenti per la gestione delle crisi in via preventiva e/o alternativa.

Emerge negli intendimenti del legislatore europeo un'inversione di prospettiva nelle procedure di gestione delle crisi bancarie. L'approccio del framework attuale si basa sul valutare, *in primis*, se la liquidazione sia in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi della risoluzione previsti dalla Brrd. Laddove tali condizioni non si realizzino, si procede, in seconda battuta, a verificare la sussistenza del presupposto dell'interesse pubblico, quale condizione necessaria per attivare la procedura di risoluzione. Dal punto di vista operativo, la valutazione della presenza dell'interesse pubblico, nell'ambito dell'Unione Bancaria, ha sin qui privilegiato l'approccio del «*resolution is for the few not the many*», determinando, di fatto, la non applicazione della risoluzione o il ricorso alla stessa in un numero molto limitato di casi. Le statistiche sulla gestione delle crisi bancarie in Europa, elaborate in sede Eba e SRB, e anche dalle unità di risoluzione nazionali, confermano la limitata applicazione degli strumenti di risoluzione, soprattutto con riferimento ai paesi rientranti nell'Unione Bancaria.

La proposta legislativa ribalta tale prospettiva e sembra conferire alla procedura di risoluzione un ruolo predominante per la gestione delle crisi bancarie, con l'effetto di attendersi che la liquidazione, nel nuovo scenario regolamentare, tenda ad assumere una frequenza «residuale», con applicazione solo nel caso in cui sia in grado di

nell'UE. Francoforte sul Reno, 15 gennaio 2021, in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2021/html/>.

soddisfare – meglio della risoluzione – gli obiettivi che la Brrd declina per la risoluzione stessa e non sia necessario ricorrere a esborso di denaro pubblico. La Commissione europea, va precisato, ha preso le distanze dalla lettura in tal senso delle nuove norme e in una recente comunicazione del Commissario ai mercati finanziari rivolta all’ABI, ha tenuto a specificare che la risoluzione non rappresenta «la procedura principale per la gestione di situazioni di crisi»;¹⁰ secondo tale posizione, sarebbero state introdotte modifiche per meglio inquadrare la valutazione dell’interesse pubblico, ma non in misura tale da creare una presunzione di procedura di risoluzione.

Dalla lettura delle nuove norme proposte emergono poi dubbi e perplessità quanto all’effettiva applicabilità dello strumentario di gestione delle crisi disciplinato dal framework.

La Commissione si muoverebbe in senso contrario a quanto è stato fatto per affrontare le recenti crisi di banche statunitensi, che ha visto interventi di vari enti, pubblici e privati, per affrontare con tempestività la fuga dei depositi e tutelare la stabilità delle banche regionali coinvolte, anche con un aumento dell’ammontare dell’intervento finanziario del Fondo di garanzia dei depositi. Parrebbe invece opportuno, anche in sede europea, un approccio pragmatico e integrato, che si fondi sulla possibilità di ricorrere a tutti gli strumenti disponibili per la soluzione delle crisi e applicabili al caso di specie, nonché sulla velocità di esecuzione degli interventi.

Le modifiche alla Brrd relative al perimetro di applicazione della risoluzione sono state realizzate tramite un ampliamento delle maglie del *public interest assesment*, allo stato non accompagnato dalla necessaria chiarezza definitoria. Si prevede, inoltre, che possa essere adottata una misura di risoluzione anche per le banche che svolgono funzioni essenziali a livello regionale, oltre che nazionale. Su tale rilevante aspetto si auspica che nel corso dell’iter legislativo possano emergere ulteriori elementi e precisazioni. Permane, comunque, un

10

elevato margine di discrezionalità che finora ha sempre negativamente caratterizzato la valutazione dell'“interesse pubblico”.

3.2. *La depositor preference*

Nell'attuale impianto normativo introdotto dalla Brrd, ai depositi è attribuito un trattamento preferenziale nell'ambito della più generale categoria dei crediti chirografari (è la cosiddetta *depositor-preference*). I sistemi di garanzia dei depositi, in relazione ai pagamenti effettuati a favore dei depositanti protetti della banca in liquidazione coatta amministrativa, nei limiti dell'importo erogato - surrogandosi nei diritti e negli obblighi ai depositanti protetti - partecipano ai riparti di liquidazione in via prioritaria rispetto agli altri creditori chirografari, ivi inclusi anche i depositanti con depositi oltre il limite di garanzia (depositi cosiddetti *eligible*) e gli altri depositi (*super depositor preference* del Dgs).

Per effetto di tale priorità, di fatto anche il possibile coinvolgimento dei Dgs in una procedura di¹¹ risoluzione rappresenta nell'attuale framework un'ipotesi residuale, limitata nell'importo e circoscritta ai casi in cui, dopo che sono stati incisi tutti gli altri creditori con grado di priorità inferiore al Dgs, residuassero perdite che andrebbero in linea teorica a incidere i depositanti protetti, esclusi dalle norme da ogni effetto della risoluzione.

Il sistema di garanzia dei depositi gode, dunque, dello stesso ordine di priorità attribuito ai depositi protetti, in virtù della surroga nei diritti dei medesimi nel rimborso, e ciò incide sull'operatività del medesimo nell'espletamento del proprio mandato istituzionale, specie con riferimento agli interventi alternativi e preventivi per i quali trova applicazione il criterio del *least cost*. Nella vigente impostazione, è infatti alta la probabilità che il Dgs possa recuperare, attraverso i riparti di liquidazione attribuiti in funzione della priorità riconosciuta,

11

se non l'intero ammontare, buona parte dell'importo versato per il rimborso dei depositanti. Ne consegue una riduzione delle stime del costo di liquidazione da considerare nella determinazione della minore onerosità delle misure alternative e preventive, attraverso la comparazione del costo di tali misure con quello dello scenario liquidatorio.

Nella proposta di revisione del CMDI framework è introdotta nella Brrd (v. art. 108) una modifica alla gerarchia dei creditori, con la quale si attua il passaggio da una «*super depositor preference*» (*three-tier depositor preference*) a una «*general depositor preference*» (*single-tier depositor preference*), in cui tutti i depositi, anche quelli non protetti, sono considerati *pari passu*, ma con preferenza rispetto alle altre passività *unsecured*. La modifica della gerarchia ha ovviamente impatto nel calcolo del minor onere, anche con riferimento alla procedura di risoluzione.

La modifica, unitamente alle altre previste della Brrd, impatta in modo significativo sui Dgs, i quali potranno essere chiamati a contribuire nelle procedure di risoluzione e/o di liquidazione con maggiore probabilità ma potranno avere come contraltare maggiori costi a carico del sistema delle banche aderenti (per il reintegro delle risorse utilizzate ai fini del mantenimento del livello-obiettivo della dotazione finanziaria) e con impatto ultimo quindi sulla sostenibilità del sistema finanziario.

In tale quadro si consideri altresì che, a fronte dell'eliminazione della «*super preference*» per il Dgs, la proposta di riforma attribuisce tale status al Single Resolution Fund (Srf), a tutela delle risorse dello stesso ove utilizzate, rispetto ai depositanti e ai sistemi di garanzia.

3.3. L'uso del Dgs in risoluzione

Nell'attuale impostazione della Brrd (v. art. 109), i sistemi di garanzia dei depositi sono chiamati a intervenire con proprie risorse nell'ambito della risoluzione, al fine di contribuire alla copertura delle perdite che graverebbero sui depositanti protetti, i quali per espressa

previsione normativa sono esclusi in via permanente da ogni effetto della procedura di risoluzione.

Con la finalità di consentire l'accesso ininterrotto ai depositi si è configurata una funzione di «loss absorber» del Dgs invece dei depositanti protetti, con attivazione del contributo del medesimo in via residuale in funzione della menzionata preferenza attribuita al sistema di garanzia nella gerarchia dei creditori. Inoltre, con la definizione del limite quantitativo alle risorse utilizzabili nella risoluzione (50% delle risorse/livello obiettivo) e l'applicazione del principio del no creditor worse-off (Ncwo), le norme perseguono l'obiettivo di salvaguardare la dotazione finanziaria e la funzione primaria del D.Lgs del rimborso dei depositanti.

La proposta di revisione della Brrd avanzata dalla Commissione europea conferma il principio dell'esclusione permanente dei depositi protetti e dell'intervento del Dgs in loro vece, nonché del *no creditor worse-off*; tuttavia, rimodulando l'intervento del sistema di garanzia nel finanziamento della risoluzione e, attraverso le modifiche prospettate, tra cui l'eliminazione del cap del 50% delle risorse, l'eventuale copertura del requisito Mrel e la rivisitazione della gerarchia dei creditori con conseguente ampliamento del *least cost*, lo si rende di fatto attivabile in risoluzione con maggiore probabilità e potenzialmente per importi più elevati.^{12 13}

L'approccio del rinnovato art. 109 è quello di prevedere l'intervento del Dgs in varie ipotesi.

Da un lato, ogni banca è tenuta a costituire un cuscinetto di passività ammissibili al bail-in (requisito Mrel) per consentire l'applicazione dello strumento. Al riguardo, assume rilievo la nuova previsione in base alla quale il Dgs può essere chiamato a coprire il gap per il raggiungimento di tale soglia di passività *bail-inable* qualora la banca sottoposta a risoluzione non abbia Mrel sufficiente a

¹² Si veda A. PALLINI A. ed altri, *La proposta di nuove regole europee, cit.*, pp. 69 e ss.

¹³ Si veda la *Proposta, cit.*, p. 5.

raggiungere la soglia dell'8% individuata, aprioristicamente, per consentire il successivo utilizzo del fondo di risoluzione. È evidente la portata di una simile previsione in termini di maggiori risorse del sistema di garanzia. Inoltre, nel caso in cui sia applicato lo strumento del *bail-in*, indipendentemente o in combinazione con lo strumento di *asset separation*, il contributo del sistema di garanzia è pari all'importo, per il quale sarebbero stati incisi i depositi protetti, per la copertura delle perdite e la ricapitalizzazione della banca in risoluzione.

Dall'altro, nel caso in cui siano utilizzati gli strumenti della cessione di attività/passività o della banca ponte, singolarmente o in combinazione con altri strumenti, il Dgs è chiamato a coprire lo sbilancio di cessione - tra il valore dei depositi protetti e di altre passività di rango pari o superiore e gli attivi trasferiti - nonché, ove necessario, a contribuire per l'importo necessario ad assicurare la neutralità patrimoniale del soggetto acquirente dopo il perfezionamento della cessione. La cessione in discorso può essere anche estesa a depositi non protetti o ad altre passività *bail-inable*, che l'Autorità di risoluzione abbia valutato di escludere dagli effetti della risoluzione.

In caso di contributo per la ricapitalizzazione della banca in risoluzione, il Dgs è chiamato a trasferire la partecipazione o altri strumenti di capitale acquisiti al settore privato non appena le condizioni finanziarie e di mercato lo consentano, attraverso procedure aperte e trasparenti e non discriminatorie tra i potenziali acquirenti.

La determinazione dell'onere del contributo del Dgs spetta all'Autorità di risoluzione. Il Dgs, ricevuta la notifica dell'importo del contributo, è tenuto a versarlo «senza indugio». La norma prevede che l'Autorità di risoluzione consulti il sistema di garanzia in merito ai costi stimati del *pay-out*, dunque ai soli fini dell'applicazione del requisito del *least cost*.

Per come è strutturato il procedimento, possono rilevarsi opacità nelle tempistiche di effettuazione degli interventi e nello scambio di informazioni tra i soggetti coinvolti. Proprio l'effetto che le riforme vorrebbero evitare. Sarebbe quindi auspicabile maggiore chiarezza sulla sequela degli atti e l'effettiva possibilità di interlocuzione del Dgs nella determinazione della misura del contributo, per le connesse implicazioni in termini di funding e contribuzioni da parte delle banche aderenti.

4. La proposta di revisione della Dgsd

Per quanto riguarda la revisione proposta dalla Commissione sulla Dgsd, possono rilevarsi alcuni aspetti di criticità relativi a: 1) gli interventi del Dgs di tipo preventivo e alternativo; 2) il principio del «minor onere» (*least cost test*); 3) il perimetro dei depositi protetti (oggetto della garanzia).

Quanto alle misure di intervento preventive e alternative, nell'esperienza italiana del Fitd,¹⁴ gli interventi alternativi e preventivi

¹⁴ Si veda FITD - *Relazioni annuali FITD*; C.COSTA, *Crisi bancarie e interventi dei fondi di garanzia*, in *Dir. fall.*, 2020, pp. 1389 e ss.; Un preciso quadro delle esperienze di soluzione delle crisi bancarie italiane a partire del 2015 è in V. SERATA (Direttore dell'unità di risoluzione e Gestione delle crisi, Banca d'Italia) *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, in *Atti del Convegno Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, Roma 21 ottobre 2022. I casi esaminati sono: 4 banche Less significant; Banche Venete, Monte dei Paschi di Siena; Banca Carige; Banca Popolare di Bari, AIGIS Banca. Si vedano anche M. RISPOLI FARINA, *La recapitalización cautelar del Monte dei paschi di Siena Y la Liquidación forzosa Administrativa de Vento Banca Y Banca Popolare di Vicenza. Estudio Comparativo*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIAVILLA (a cura di), *Cuestiones Controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 325 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIAVILLA (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 417 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione delle crisi del Monte Paschi di siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi Senesi*, 2018, n. 3, pp. 224 e ss.; I.VISCO, *Intervento* al Convegno "Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana" organizzato dalla Consulenza legale della Banca d'Italia, Roma 21 ottobre 2022, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integrov2022/Visco_21102022. Per V. SERATA, *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, op.

hanno costituito soluzioni più efficaci ed efficienti della liquidazione atomistica nella gestione delle crisi di banche consorziate di piccole e medie dimensioni, in special modo negli ultimi anni.¹⁵ Il Fitd ha realizzato complessivamente nel corso della sua operatività, interventi per un totale di 3,3 miliardi di euro, salvaguardando in tal modo depositi per un ammontare dieci volte maggiore, pari a 29 miliardi. L'importanza delle misure di intervento alternative e preventive è stata di recente confermata dalla Economic Governance and Emu scrutiny Unit (Egov) che, in una «in depth-analysis» sulla riforma CMDI preparata per la Commissione Econ del Parlamento, ha sottolineato che «Le Dgss sono attori critici in alcune giurisdizioni, finanziando strategie di trasferimento e assicurandone il successo, in particolare negli Stati Uniti e in Giappone, e in Italia nel contesto dell'Ue (sia nel quadro del regime obbligatorio che in quello volontario, a seguito della sentenza Tercas delle corti europee»

In generale, la proposta di emendamenti alla Dgsd muove, tra gli altri, dalla conferma della Commissione circa l'importanza del ruolo attivo svolto dai Dgs nella gestione delle crisi bancarie e se ne auspica un «rafforzamento» nella nuova disciplina, soprattutto in situazioni diverse dal rimborso dei depositanti, con l'obiettivo di preservare la fiducia di questi ultimi e la stabilità finanziaria, oltre alla

cit., p. 14, i Punti chiave per la revisione del CMDI alla luce dell'esperienza italiana sono: 1) definizione più chiara e armonizzata della valutazione dell'interesse pubblico. 2) ampliamento del perimetro di intermediari da sottoporre a risoluzione, incluse banche di medio piccole dimensioni, quando risulta possibile finanziare il fabbisogno (e.g. MREL) 3) armonizzazione nell'utilizzo dei fondi degli schemi di garanzia dei depositanti, da rendere flessibili per facilitare la fuoriuscita dal mercato delle banche in crisi. 4) armonizzazione di specifici aspetti delle procedure di insolvenza nazionale, per assicurare coerenza in ambito europeo. Per la ricostruzione dell'intervento del Fondo di garanzia dei depositi (FITD) in Italia, S. MACCARONE, *La gestione delle banche less significant. Un problema*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 3, 2023, pp. 343 e ss.

J. COLINO MEDIAVILLA, *El régimen de la inviabilidad bancaria en la unión europea: cuestiones clave y expectativas de reforma*, in O. CAPOLINO. *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, BANCA D'ITALIA; di Ricerca Giuridica, n. 95, aprile 2023, pp. 79-104.

¹⁵ S. MACCARONE, *cit.*, p. 351.

minore onerosità rispetto a risoluzione e liquidazione. La proposta della Commissione lascia ferma, per le misure preventive e alternative, la configurazione di misure «facoltative» – vale a dire la cui implementazione nelle legislazioni nazionali è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri – a differenza del rimborso dei depositanti e del finanziamento della risoluzione che restano interventi di tipo «obbligatorio».

In merito agli Interventi preventivi nei “Considerando” della proposta di riforma del CMDI framework si conferma che gli interventi al di fuori del payout possono risultare più convenienti per i Dgs e garantire un accesso ai depositi senza interruzioni. Al riguardo, assume rilievo l’esperienza applicativa di alcuni Stati membri – tra cui l’Italia – in cui i Dgs possono già nell’attuale quadro regolamentare finanziare misure preventive per ripristinare la redditività a lungo termine delle banche aderenti oppure misure alternative in caso di insolvenza. Constatato che gli interventi preventivi e alternativi possono migliorare in modo significativo la protezione dei depositi, la Commissione ha tuttavia ritenuto necessario introdurre e/o armonizzare alcune «salvaguardie» per l’espletamento di tali misure, al fine di garantire condizioni di parità tra i Dgs (*level playing field*), nonché l’efficacia e l’efficienza degli interventi in termini di costi. Con riferimento agli interventi di supporto per prevenire l’insorgere di situazioni di crisi conclamata, la proposta si muove in continuità rispetto all’impostazione della Direttiva attualmente in vigore in merito alle condizioni generali delle misure preventive, che risultano confermate nel nuovo quadro regolamentare, in particolare con riferimento:

al requisito del minor onere, rispetto a un ipotetico scenario di rimborso dei depositanti;

alle procedure e ai sistemi appropriati di cui deve disporre il sistema di garanzia per selezionare la tipologia di intervento, darvi esecuzione e monitorarne i rischi;

A :

alle condizioni imposte dal Dgs alla banca beneficiaria dell'intervento (*inter alia*, rafforzamento dei presidi dei rischi e ampi diritti di verifica sugli impegni assunti da parte del Dgs) e che la stessa si impegna a osservare unitamente a garantire l'accesso ininterrotto dei depositanti ai depositi protetti.

La proposta innova l'impianto regolamentare affiancando nuove e puntuali condizioni a tali requisiti.¹⁶ Una revisione significativa riguarda la predisposizione da parte della banca richiedente l'intervento, consultata l'Autorità competente, di una «nota» che illustri le misure che la stessa si impegna a attuare per ristabilire i requisiti di vigilanza imposti dalla normativa di riferimento (Crd e Crr).

La nota deve contenere tutti gli elementi che mirano a prevenire il deterioramento della situazione finanziaria e a rafforzare la posizione di capitale e di liquidità della banca, consentendogli di rispettare i relativi requisiti prudenziali, anche in ottica prospettica.

In caso di intervento nella forma di supporto al capitale, la nota deve quantificare la richiesta di intervento del Dgs e identificare tutte le misure di raccolta e conservazione del capitale che la banca intende implementare, come ad esempio l'emissione di strumenti computabili nei fondi propri, la conversione volontaria di obbligazioni subordinate, la gestione delle passività, la cessione di attività che generano capitale, la cartolarizzazione di crediti, o l'imposizione di vincoli sulla distribuzione di dividendi e/o sull'acquisizione di partecipazioni in imprese.

Per tale fattispecie di intervento, gli Stati membri assicurano che la detenzione da parte del Dgs di strumenti di partecipazione al capitale sia limitata al tempo occorrente per procedere al loro smobilizzo verso il settore privato non appena le circostanze dal punto di vista finanziario lo consentano. Qualora l'intervento preventivo assuma la forma di supporto alla liquidità della banca, si deve invece prevedere fin da subito un piano di rimborso della misura concessa dal Dgs.

¹⁶ Si veda: Illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta, in *Proposta, cit.*, pp. 12 e ss.

Nel complesso, le specificazioni da sottoporre al Dgs per richiederne l'intervento devono essere coerenti con il capital conservation plan richiesto dall'Autorità di vigilanza e, se è applicabile il framework sugli aiuti di Stato, con il piano di ristrutturazione da sottoporre alla Commissione europea. L'intervento preventivo può essere implementato previa conferma da parte dell'Autorità designata che tutte le condizioni sopra citate siano soddisfatte. L'Autorità designata notifica tale accertamento alle Autorità di vigilanza e di risoluzione.

Inoltre, per garantire che la banca beneficiaria dell'intervento preventivo del Dgs rispetti gli impegni assunti, la proposta prevede che l'Autorità di vigilanza richieda un piano di recupero (*remediation plan*) alla banca inadempiente, con indicazione delle iniziative e le relative tempistiche necessarie per ristabilire il rispetto dei requisiti prudenziali, assicurare la *long term viability* e, se del caso, restituire al Dgs l'ammontare del supporto ricevuto.

Qualora l'Autorità di vigilanza ritenga che le misure previste nel *remediation plan* non siano in grado di garantire la redditività a lungo termine della banca, il Dgs non può effettuare un ulteriore intervento preventivo nei confronti della medesima banca.

Per assicurare un approccio coerente all'applicazione delle misure preventive, è richiesto all'Eba di definire linee guida sugli elementi principali della nota di accompagnamento alla richiesta di intervento e il *remediation plan*.

L'esperienza degli ultimi anni con i noti casi di crisi bancarie ha dimostrato come una efficace attuazione delle misure di intervento preventivo consenta al sistema di garanzia di evitare conseguenze peggiori sul sistema delle aderenti, anche in termini di salvaguardia della fiducia e degli interessi di tutti gli *stakeholder*. Attraverso il rafforzamento della fiducia, i sistemi di garanzia dei depositi contribuiscono, peraltro, a minimizzare il rischio che si inneschino meccanismi di contagio sulle altre banche.

Quanto agli interventi alternativi, ferma restando la natura facoltativa delle misure alternative, nel rinnovato quadro regolamentare disegnato dalla proposta della Commissione si conferma che gli interventi della specie possono essere effettuati, in alternativa al rimborso dei depositanti e, quindi, nell'ambito di procedure di insolvenza nazionali, nella forma di cessione di attività e passività o trasferimento di depositi o beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, per consentire l'accesso ai depositi senza soluzione di continuità e a condizione che l'onere connesso all'intervento non superi il costo che il Dgs dovrebbe sostenere per il rimborso dei depositanti.

Al riguardo, è stata introdotta una nuova previsione in base alla quale i Dgs possono effettuare interventi alternativi a condizione che la banca cedente - e per essa si intenderebbe, verosimilmente, gli organi della liquidazione - abbia messo in atto una procedura trasparente e competitiva per il trasferimento di attività, passività e rapporti giuridici al soggetto cessionario.¹⁷

Quanto al principio del minor onere (*least cost*) è il principio in base al quale gli interventi di un Dgs in risoluzione, preventivi o alternativi, possono essere effettuati sempre che comportino un costo inferiore rispetto all'onere che deriverebbe dal rimborso dei depositanti in uno scenario di liquidazione cosiddetta atomistica. Occorre pertanto calcolare tale onere e confrontarlo con il costo dell'intervento che il Dgs intende attuare (*least cost test*). Allo stato, non vi è sul piano normativo generale una vera e propria regolamentazione di dettaglio del calcolo del *least cost*. Pertanto, la relativa applicazione del *least cost* rientra a oggi nell'autonomia dei sistemi di garanzia.

¹⁷ In particolare, ferma restando la disciplina in materia di aiuti di Stato in presenza di soggetti pubblici, il processo di marketing deve essere effettuato nel rispetto delle seguenti condizioni aperto e trasparente e rappresenta fedelmente le attività, passività e rapporti giuridici da trasferire; non è discriminatorio e non favorisce né conferisce alcun vantaggio a uno o più dei potenziali acquirenti; non sussiste alcun conflitto di interessi; tiene conto della necessità di attuare una soluzione rapida; mira a massimizzare, per quanto possibile, il prezzo di vendita dei beni ceduti.

La proposta della Commissione mira a colmare tale gap legislativo, individuando alcuni requisiti principali per l'effettuazione del test a livello armonizzato e rimettendo all'Eba il compito di emanare appositi standard i relativi dettagli tecnici (*Regulatory Technical Standard, Rts*). In dettaglio, nella stima degli oneri complessivi di un intervento diverso dal payout, il Dgs deve tener conto dei connessi recuperi/ricavi previsti, delle spese operative e delle perdite potenziali. Per gli interventi in risoluzione e alternativi - e non, quindi, per quelli di tipo preventivo - il Dgs deve basare la stima dei costi nello scenario ipotetico di rimborso dei depositanti (*counterfactual*) sulle valutazioni disciplinate nella Brrd, da effettuare prima dell'avvio di un'azione di risoluzione.

Si fa riferimento, in particolare, sia alla valutazione - equa, prudente e realistica - delle attività e passività della banca, condotta da un esperto indipendente nominato dall'Autorità di risoluzione (ovvero, in via provvisoria, dall'Autorità stessa) per determinare la sussistenza delle condizioni per la risoluzione, la riduzione o conversione degli strumenti *bail-inable* (Valutation 1), sia alla stima del trattamento che azionisti e creditori subirebbero se la banca fosse sottoposta a liquidazione.

Inoltre, per tutte le tipologie di intervento diverse dal *pay-out*, nella stima dello scenario *counterfactual* è stata riconosciuta dalla Commissione la rilevanza dei cosiddetti «costi indiretti» connessi al rimborso dei depositanti, tra l'altro sostenuta e di fatto applicata dal Fitd nella propria esperienza consolidata.

Al riguardo, occorre evidenziare che il calcolo del costo della liquidazione atomistica della banca non può, infatti, essere circoscritto alla semplice differenza tra l'importo dei depositi rimborsati e l'ammontare stimato dei recuperi di liquidazione (oneri diretti), ma deve tener conto anche degli eventuali oneri indiretti che possono gravare sul sistema delle banche aderenti dalla liquidazione della banca.

In tal senso, la proposta della Commissione prevede l'inclusione degli oneri indiretti connessi al reintegro delle risorse utilizzate dal Dgs per l'effettuazione dell'intervento, ai fini del ripristino del *target-level* dello 0,8%, e ai potenziali costi addizionali in capo al Dgs per il finanziamento di tali risorse (ad esempio, in caso di utilizzo di linee di credito). Non sono stati invece previsti nella Proposta i potenziali costi indiretti connessi all'effetto contagio che la liquidazione di una banca potrebbe avere sulle altre banche consorziate. In aggiunta, con l'obiettivo di "fattorizzare"¹⁸ nel calcolo del *counterfactual* l'importanza che rivestono le misure preventive nello svolgimento del mandato dei Dgs, con riferimento solamente a tale tipologia di intervento, è stata inserita una disposizione in base alla quale all'*expected ratio of recoveries* (nello scenario di rimborso dei depositanti, presumibilmente inteso come il rapporto tra i riparti spettanti al Dgs e l'ammontare dell'esborso immediato del Dgs, pari ai depositi protetti) deve essere applicato un ulteriore haircut del 15% (ad esempio, il ratio deve essere moltiplicato per una percentuale forfettariamente individuata pari a 85%). In ogni caso, si prevede che il costo stimato dell'intervento del Dgs non sia superiore all'ammontare dei depositi protetti della banca beneficiaria dell'intervento medesimo. Ai fini del calcolo del *least cost*, le Autorità di vigilanza e di risoluzione collaborano con il Dgs e forniscono a quest'ultimo tutte le informazioni necessarie; in particolare, l'Autorità di risoluzione deve trasmettere al Dgs la stima del contributo di quest'ultimo nell'ambito di un intervento in risoluzione.

Come si è evidenziato, l'Eba avrebbe il compito di elaborare norme tecniche di regolamentazione del calcolo del minor onere, con riferimento alle metodologie per la stima dei costi a carico del Dgs nello scenario diverso dal payout e in quello di rimborso dei depositanti, ivi incluso il calcolo del *ratio of recoveries*, nonché alle

¹⁸ Si veda in proposito A PALLINI ed altri, *La Proposta di nuove regole europee sulle crisi bancarie: cosa cambia per il sistema di garanzia dei depositi*, cit., p. 73.

modalità di contabilizzazione del costo opportunità (*change value of money*) relativo all'utilizzo delle risorse del Dgs.

Quanto all'Oggetto della garanzia, tra le novità più significative e più discusse della proposta vi è l'estensione dell'ambito di tutela dei Dgs. In particolare, nell'oggetto della tutela rientrerebbero ora le *public authorities* (scuole, ospedali, piccole comunità locali, ecc.) e viene inoltre confermata la tutela dei client funds, per i quali le linee guida dell'Eba in materia di calcolo delle contribuzioni prevedono di considerare, da luglio 2024, l'intero ammontare della raccolta, qualora non si disponga di informazioni puntuali sui depositi protetti afferenti ai singoli beneficiari sottostanti.

Nella proposta si realizzerebbe una estensione soggettiva dei soggetti ammissibili alla tutela, ma non un superamento del limite quantitativo della garanzia. L'approccio descritto dalla Commissione sembrerebbe dunque propendere verso la tutela della *public authority* fino a 100.000 euro, senza applicazione di ulteriori differenziazioni.

Con riferimento ai *beneficiary account*, sulla base di una recente ricognizione realizzata dal Fitd presso le banche consorziate si è rilevato che la loro identificazione non è immediata, stanti anche le attuali istruzioni per la compilazione delle segnalazioni periodiche alle Autorità e i vincoli imposti dalle norme sulla tutela della privacy.

In linea di prima approssimazione, una stima *dei beneficiary account* ammonta complessivamente a circa 4,7 miliardi di euro, solo in minima parte qualificabili come depositi protetti (100.000 euro per ciascun depositante sottostante). In ragione delle basse percentuali suddette,¹⁹ l'impatto sul calcolo delle contribuzioni derivante dall'inclusione dei *beneficiary account* secondo le linee guida dell'Eba sembrerebbe a oggi essere sottostimato. Con riferimento alle amministrazioni pubbliche, dall'analisi condotta è emerso che l'applicazione del limite di copertura di 100.000 euro per singola posizione comporterebbe un incremento contenuto dei depositi protetti, nell'ordine di circa 4,5 miliardi di euro

¹⁹ Così A. PALLINI A ed altri, *cit.*, p.74

L'analisi quantitativa e gli impatti operativi sono senza dubbio la base di partenza per comprendere la portata del fenomeno, in considerazione del fatto che la proposta di riforma mira a migliorare taluni aspetti della vigente normativa, anche in relazione all'esperienza maturata nell'applicazione delle regole.

Con riferimento all'oggetto della tutela, appare indubbiamente da condividere l'opportunità e la convenienza di tali estensioni, che devono essere comunque in linea con il mandato dei Dgs e con l'obiettivo finale di salvaguardare la stabilità del sistema in situazioni di crisi.

5.-La proposta di revisione e le implicazioni sul least cost

Può essere utile richiamare un preliminare esercizio di stima effettuato dal Fitd²⁰ delle potenziali implicazioni degli emendamenti proposti dalla Commissione sul calcolo dell'onere complessivo in uno scenario di liquidazione (*least cost*). Nel dettaglio, si è comparato la stima dell'onere complessivo a carico del Fitd relativamente a quattro recenti interventi con la pari stima dell'onere computato tenendo conto delle revisioni proposte dalla CMDI.

Da tale esercizio emerge che, nello scenario di liquidazione coatta amministrativa con rimborso dei depositanti (*counterfactual*), l'ipotetico costo a carico del Dgs sarebbe significativamente maggiore - almeno tre volte superiore - di quello stimato sulla base della metodologia attualmente applicata dal Fitd. Più in dettaglio, riparametrando su base 100 il totale delle attività delle banche per le quali il Fitd ha applicato il *least cost test* negli interventi considerati nell'esercizio, il costo nello scenario *counterfactual* sarebbe stato mediamente pari al 7 (su base100) con la metodologia attualmente in uso e 23 con la nuova metodologia proposta dalla Commissione.

²⁰ Riportata in A. PALLINI A. et al, *cit.*

Tale incremento è sostanzialmente determinato dai seguenti fattori:

a) il potenziale incremento dei depositi protetti, connesso all'ampliamento della tutela ai depositi delle amministrazioni pubbliche e alla modifica sul calcolo dei depositi afferenti a *beneficiary account*;

b) la riduzione dei recuperi spettanti al Dgs in virtù dell'abolizione della *super depositor preference (current-tier*, con i depositi protetti che assumono un rango superiore rispetto agli altri depositi) in favore di una *single-tier depositor preference*, dove tutti i depositi - anche quelli non protetti dal Dgs - concorrono *pari passu* ai riparti della procedura;

c) l'ulteriore riduzione, solo in caso di interventi preventivi, della stima dei recuperi da applicare forfettariamente.

d) nella misura del 15% (ad esempio, l'85% dell'*expected ratio of recoveries*).

e) L'impatto sarebbe ancor più marcato per quei Dgs che, a differenza del Fitd che ne ha da sempre sostenuto l'introduzione, non considerano nel processo di calcolo gli oneri indiretti connessi al rimborso dei depositanti.

6. Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

In sede conclusiva, si possono formulare alcune considerazioni sulle implicazioni della proposta di revisione quanto alla operatività dei sistemi di garanzia dei depositi.

Il lavoro di revisione della Commissione, in linea generale, è stato supportato in via preliminare dall'Eba che ha predisposto specifiche opinions su alcuni dei temi di maggior rilievo dell'attuale Dgsd.²¹ Il lavoro si è realizzato nell'ambito di un'apposita task force dell'Autorità dedicata ai sistemi di garanzia dei depositi, alla quale hanno partecipato le Autorità designate, i Dgs pubblici e alcuni Dgs

²¹ Si veda il richiamo in *Proposta*, cit, p.4.

privati che sono stati invitati a prendere parte ai lavori, tra cui anche il Fitd. I Dgs, in qualità di practitioners della materia, come è logico pensare, hanno svolto un ruolo significativo e hanno contribuito in maniera incisiva a proporre soluzioni ad alcune lacune dell'attuale frame work.

Per contro, va segnalato che sono presenti diversi ulteriori elementi della proposta di revisione CMDI, non affrontati nei lavori della task force poiché intervenuti successivamente nel dibattito, che possono rappresentare elementi di criticità per l'operatività dei Dgs.

Al riguardo, un primo elemento come si è già rilevato, è rappresentato, congiuntamente, dalla revisione del *public interest test* e dall'accresciuta importanza attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alla liquidazione. L'allargamento delle "maglie" del test, di fatto, si traduce nell'ampliamento dello spazio di manovra a disposizione delle Autorità di risoluzione per la definizione dei piani di risoluzione. In tale contesto, è ragionevole attendersi che gli scenari liquidatori potranno essere meno frequenti, residuali rispetto alla procedura di risoluzione. Ciò comporterebbe l'assunzione di pari caratteristica di residualità anche per gli interventi (alternativi) del Dgs, che si realizzano nel contesto della liquidazione. In altre parole, un tipo di operatività del Dgs, la misura alternativa appunto, che si è mostrata molto efficace nel passato, in specie nell'esperienza del Fitd, potrebbe risultare limitata dal più frequente ricorso alla risoluzione proposto dalla revisione regolamentare. Un secondo elemento di riflessione attiene al ruolo del Dgs nella risoluzione, così come ridisegnato dalla Commissione. Secondo la regolamentazione oggi vigente, come già sottolineato, l'attuale procedura di risoluzione chiama in causa il Dgs solo quando il livello di perdite sia tale da intaccare potenzialmente i *covered deposit*. Con la riforma del CMDI framework il Dgs non è più assistito dalla super preference. Nel caso di banche che non abbiano un livello di Mrel almeno pari all'8%, inoltre, il Dgs sarebbe chiamato a intervenire per assorbire le perdite e soddisfare il requisito dell'8% posto come condizione di accesso al

fondo di risoluzione. Inoltre, ancora, la proposta legislativa intende cancellare il limite massimo di intervento del Dgs pari al 50% delle risorse/livello obiettivo. In altre parole, il Dgs non interverrebbe quale ultimo cuscinetto di assorbimento delle perdite, ma in via anticipata prima del Fondo di risoluzione. Il Dgs agirebbe da player cruciale nel funding della risoluzione pur sempre nei limiti del *least cost* e del funding gap individuato dalla risoluzione.

Si tratta di un approccio al finanziamento della risoluzione rovesciato rispetto allo stato attuale. Peraltro, il Dgs svolge una funzione compensatoria di insufficienza di Mrel, riferita in particolare alle banche di piccole o medie dimensioni che hanno difficoltà ad accedere al mercato dei capitali per collocare gli strumenti ammissibili al requisito. In altre parole, l'inadeguatezza di Mrel per talune banche è, per così dire, "socializzata", con oneri a carico delle restanti banche affiliate al Dgs.²² Il funding della risoluzione per le banche poste in risoluzione con carenza di Mrel diviene, nei fatti, basato su risorse domestiche, utilizzate in via prioritaria rispetto al fondo di risoluzione, in particolare del Single Resolution Fund costituito con risorse mutualizzate nell'Unione Bancaria.

Un terzo profilo di criticità riguarda le implicazioni in termini di costi per il Dgs, con conseguenti ricadute sulle banche aderenti al medesimo, attraverso l'incremento potenzialmente anche rilevante delle contribuzioni. A ben vedere vi sono tre principali driver che spingono in aumento l'onere risultante della proposta di revisione. In primis, l'accresciuta probabilità che le risorse dei Dgs siano utilizzate in risoluzione; secondo, l'allargamento del perimetro dell'oggetto della garanzia alle *public authorities*, sebbene non sia agevole, per mancanza di dati puntuali, la stima del relativo impatto sul totale dei depositi protetti; simili considerazioni attengono alla prospettata inclusione dei *beneficiary account* nella base di calcolo delle

²² In merito vedi le perplessità di L.F. SIGNORINI, *cit.*, p. 8. Per le perplessità espresse dal Europea Forum of Deposit insurers (EFDI) v. *Borsa Italiana*, 13 novembre 2023.

contribuzioni. Non da ultimo, l'eliminazione della *super-depositor preference* che impatta sul calcolo del *least cost*, consentendo, comunque, un maggior margine di manovra del Dgs per gli interventi diversi dal rimborso dei depositanti.

Vanno ancora operate osservazioni riguardano gli interventi preventivi e alternativi. Sul punto, i Dgs europei hanno espresso forti critiche sulle condizioni previste dalla proposta della Commissione, in particolare sulla nota di accompagnamento alla richiesta di intervento e sul *remediation plan*, contenenti le misure che la banca richiedente si impegna a porre in essere per ristabilire la *long term viability*. L'insieme di tali condizioni, alcune delle quali anche molto stringenti, in aggiunta a quelle relative al *least cost*, potrebbero produrre l'effetto di rendere, di fatto, difficilmente implementabili gli interventi di tipo preventivo. Va comunque osservato che, nella disciplina statutaria del Fondo italiano, sono già presenti condizioni simili per la predisposizione del piano di ristrutturazione. La stessa Commissione, probabilmente consapevole della complessità del quadro tracciato, nel dettare i tempi della ipotetica entrata in vigore di tali norme negli ordinamenti nazionali ha previsto un termine di 48 mesi, pari al doppio rispetto a quello (24 mesi) delle altre norme di emendamento alla Dgsd.

In relazione, infine, agli interventi alternativi, il processo di "marketing" del compendio da cedere non appare coerente con la necessità di implementare un'azione rapida ed efficace, che non pregiudichi l'accesso dei depositanti ai conti. L'esperienza concreta suggerisce che il processo di selezione di potenziali acquirenti richiede tempi di non facile previsione, connessi soprattutto all'individuazione di più soggetti effettivamente interessati a prendere parte all'operazione, che devono essere messi nelle condizioni di operare in maniera competitiva tra loro, sulla base di un processo chiaro e trasparente strutturato in diverse e apposite fasi preparatorie, esecutive e di perfezionamento dell'operazione.

A ciò si aggiunga che allo stato non è chiaro quale debba essere l'organo della banca deputato a condurre tale processo e quando debba avviarlo (il management o i commissari nominati dalla Vigilanza? Il processo di marketing deve essere effettuato prima o dopo l'avvio della liquidazione coatta amministrativa?). L'insieme di tutti questi interrogativi lascerebbe supporre che l'emendamento proposto sia difficilmente conciliabile con la priorità di mettere in atto, come dimostrato dall'esperienza applicativa, un'azione altamente pragmatica, coordinata e veloce. Restano da chiarire numerosi aspetti della proposta legislativa nella parte riferita agli interventi dei Dgs, in primis quelli concernenti le tempistiche degli scambi di informazioni e le competenze dei molteplici soggetti coinvolti al fine di garantire una efficace prevenzione e tempestiva gestione delle crisi, attraverso regole e processi efficienti ed efficaci e tempi rapidi di esecuzione. Appare comunque importante prevedere un ruolo maggiore e formalizzato dei Dgs nelle interlocuzioni con le Autorità nazionali ed europee, al fine di definire congiuntamente, e in maniera proattiva e collaborativa, la misura di intervento più efficace ed efficiente, in linea con le migliori pratiche.²³

Last but not least, un ulteriore aspetto di riflessione riguarda la normativa sugli aiuti di stato e gli interventi dei Dgs. La proposta di revisione della Commissione non ha toccato il punto, sebbene gli stessi abbiano una rilevanza significativa per gli impatti sull'operatività dei sistemi di garanzia proprio nell'ambito della regolamentazione oggetto di revisione, nonché tenuto conto della recente giurisprudenza favorevole in merito a sostegno dell'ampia portata del mandato dei sistemi di garanzia.²⁴

²³ *Decisamente contrario alla Proposta di riforma dei DGS*, S. MACCARONE, *La gestione delle banche less significant, Un problema irrisolto, cit.*, pp. 343 e ss.

²⁴ La Commissione europea, con decisione del 21 settembre 2023, nel riesaminare il caso Tercas in conformità delle pronunce del Tribunale e della Corte di giustizia europei, ha concluso che il sostegno concesso dal Fitd alla banca non era imputabile all'Italia e dunque non costituiva un aiuto di Stato illegittimo.

Sulla problematica suscitata dal caso Tercas si veda L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I,

pp. 184 e ss.; M. CLARICH - P.E. PISANESCHI, *“Aiuti di Stato e tutela della concorrenza: i casi Tercas, Monte dei Paschi e Carige”*, in P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pisa, 2022, pp. 159 e ss.; G. BOCCUZZI, *“Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione”*, BANCARIA EDITRICE, Roma, 2022, pp. 50-54.

PMI ed Europa: osservazioni giuridiche in ordine alla nuova sovranità digitale

di Maria Alessandra Stefanelli

Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

ABSTRACT

ABSTRACT

This study aims to analyse the discipline with which industry is subject to within the European regulatory framework, with particular reference to the new strategies created by the European Commission to face the new challenges that characterize the digital market and appear ever more urgent in the post pandemic economy. The study then analyses the proposed Digital Market Act that, together with the proposed Digital Service Act, makes up the recent Digital Package proposal of the European Commission with the aim of disciplining the actions of Big Tech on the European market, up to the point that smaller European business enterprises that operate in the digital market aren't excluded by the above and are safeguarded by the legal principles and values that are the fundamental element of the European Union. In this context the recent Report Industry 5.0, issued by the General Directorate for Research and Innovation of the European Commission in 2021, is highlighted. In this report a new and wider conception of industry is introduced, based on the values of sustainability, resilience and the individual.

SINTESI

SINTESI

Il presente studio si propone di analizzare la disciplina cui è sottoposta l'industria all'interno del framework regolatorio europeo, con particolare riferimento alle nuove Strategie elaborate dalla Commissione europea per fronteggiare le nuove sfide che caratterizzano il mercato digitale e che paiono sempre più urgenti nel contesto economico post pandemico. Lo studio poi si sofferma ad analizzare la Digital Market Act proposal che, unitamente alla Digital Service Act proposal, fa parte del recente Digital Package proposto dalla Commissione europea al fine di disciplinare l'azione delle Big Tech sul mercato europeo affinché anche le imprese europee di dimensione minore che operano sul mercato digitale non siano estromesse dallo stesso e siano salvaguardati i principi giuridici ed i valori che sono elemento fondante dell'Unione europea. In questo contesto si dà evidenza di al recente Report Industry 5.0 emanato dalla Directorate General for Research and Innovation della Commissione europea nel 2021, in cui si introduce una nuova e più ampia concezione dell'industria, basata su valori di sostenibilità, resilienza e centralità della persona.

SOMMARIO

1. PMI e Europa: la Revisione intermedia del Single Digital Market
- **2.** Le nuove Strategie per l'Industria europea: le Comunicazioni della Commissione europea in data 10 marzo 2020, Una nuova Strategia industriale per l'Europa e una Strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale - **3.** Europa e sovranità digitale: il Digital Market Act - **4.** Osservazioni conclusive. Industry 5.0: una industria sostenibile, antropocentrica e resiliente

Sull'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011

di Salvatore Muleo

Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria

ABSTRACT

The tax profiles of companies subject to measures adopted on the basis of the so-called anti-mafia Code pursuant to Legislative Decree no. 159 of 2001 are not always clear and linear.

In particular, a problem arises regarding the application of the art. 31, first paragraph, Legislative Decree 78 of 2010, as converted and then amended, in the course of seizure pursuant to Legislative Decree no. 159 of 2011, perhaps also for the case in which tax deeds are issued after the seizure, but with reference to previous years, and have been challenged.

In particular, doubt exists regarding the possibility of carrying out compensations between tax credits arising after seizure and tax debts also post seizure, despite the provisions of the art. 31, first paragraph, Legislative Decree n. 78 of 2010.

A particular question, which leads us to reflect on the applicability of the institute.

SINTESI

I profili tributari delle imprese assoggettate a provvedimenti adottati sulla scorta del c.d. Codice antimafia di cui al D.lgs. n. 159 del 2001 non sono sempre chiari e lineari.

In particolare, si pone un problema in ordine all'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, come convertito e poi modificato, in corso di sequestro ex D.lgs. n. 159 del 2011, magari anche per il caso in cui siano emessi atti impositivi in epoca successiva al sequestro, ma con riferimento ad anni antecedenti, e siano stati impugnati.

In specie, il dubbio sussiste circa la possibilità di effettuare compensazioni tra crediti tributari insorti post sequestro e debiti tributari sempre post sequestro, nonostante il dettato dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

Una questione particolare, che induce a riflettere sull'applicabilità dell'istituto.

SOMMARIO

1. La disciplina positiva - **2.** Le diverse interpretazioni possibili
- **3.** La risposta n. 919-46/2024 all'interpello e le sue criticità

1. La disciplina positiva

Ai fini della disamina della questione occorre prendere come base di partenza la disciplina normativa sancita dall'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

Ebbene, in base a detto articolo è ordinariamente disposto il divieto di compensazione per i crediti di cui all'articolo 17, comma 1, del Decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, relativi alle imposte erariali, fino a concorrenza dell'importo dei debiti, di ammontare superiore a millecinquecento Euro, iscritti a ruolo per imposte erariali e relativi accessori, e per i quali è scaduto il termine di pagamento.

Con questa disposizione si deve raffrontare la disciplina speciale stabilita dal D.lgs. n. 159 del 2011.

L'art. 50 D.lgs. n. 159 del 2011, dopo aver stabilito al primo comma la sospensione delle procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica, al secondo comma dispone che nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o partecipazioni societarie sequestrati, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 del Codice civile. E poi aggiunge nel periodo successivo che "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del Decreto-Legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122".

La norma, di non particolare fattura e chiarezza, non si occupa espressamente del sequestro disposto in applicazione del D.lgs. n. 159 del 2011, ma solamente della confisca, in relazione alla quale, con ovvia disposizione, ha previsto l'estinzione per confusione dei crediti erariali, per via della sopravvenuta coincidenza tra soggetto attivo e soggetto passivo del rapporto in seguito alla confisca medesima.

2. Le diverse interpretazioni possibili

L'interpretazione letterale non appare né piana né agevole. L'ermetica statuizione secondo cui "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del Decreto-Legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122" difficilmente può riferirsi alla confisca. Ma bisogna percorrere questa ipotesi interpretativa, che non è priva di addentellati giurisprudenziali, come si dirà appresso. Proprio per via

della confusione¹ tra debiti e crediti erariali, che interviene *ex lege* allorquando è disposta la confisca, all'epoca della confisca la questione della compensazione dei crediti per imposte erariali con i debiti risultanti allo stesso titolo appare difficilmente prospettabile, poiché i crediti estinguibili in quel momento sono già estinti per confusione e, per la parte rimanente, occorre considerare che si è in sede di riparto.

È ben vero che Cass. n. 15601 del 22 luglio 2020 ha sottolineato come *“questa Corte ha già chiarito che «il fatto che l'estinzione dei debiti avvenga nei limiti in cui si verifica la confusione si evince dal D.lgs. n. 159 del 2011, art. 50, comma 2, seconda parte» (disposizione nella quale è oggi trasfusa la norma invocata dal ricorrente) ove si prevede che le limitazioni alle ulteriori compensazioni valgono solo per gli importi che non si estinguono per compensazione. Ne consegue che l'estinzione del credito erariale nel caso che occupa può avvenire solo nei limiti in cui il credito stesso abbia trovato capienza nel patrimonio della società oggetto di confisca (Cass. 03/01/2019, n. 56)”*. Questo enunciato è stato poi ripetuto in Cass. nn. 28699 e 28717 del 18 ottobre 2021, Cass. n. 3356 del 03/02/2022.

Il principio su cui le sentenze si sono focalizzate è che il rapporto tra l'Erario e il debitore si conclude, ma nel limite del valore assegnato nel riparto.²

Ma, sebbene tali sentenze non abbiano trattato il tema delle compensazioni in pendenza di sequestro ex D.lgs. n. 159 del 2011, purtuttavia, esse hanno assegnato al secondo periodo dell'art. 50, secondo comma, citato, una funzione che riconoscerebbe al dettato normativo stesso una operatività nel caso della confisca. Operatività che è difficile intravedere (poiché, allorquando interviene la confisca,

¹ L'Agenzia delle Entrate, con risposta del 16/09/2013 ad un'istanza di interpello del 14/08/2013, ha concluso che l'estinzione delle obbligazioni tributarie per confusione avviene per tutti i debiti di natura erariale.

² Cfr. F. CIMINO, *L'estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, pp. 61-62.

vi è una cessazione delle attività di conservazione e si effettua la fase del riparto, che fisiologicamente esclude le compensazioni), ma della cui lettura ad opera della Suprema Corte occorre prendere atto.

Se così fosse – e cioè se il secondo periodo del secondo comma dovesse esser letto effettivamente come riguardante l'ipotesi della confisca – occorrerebbe domandarsi se il silenzio del legislatore del D.lgs. n. 159 del 2011 sul sequestro possa esser colmato facendo ricorso all'istituto dell'analogia, applicando così anche per il sequestro la regola posta per la confisca. Ovvero, al contrario, se la previsione espressa per la confisca non sottenda la volontà del legislatore di non disciplinare in egual maniera il divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010 per il sequestro.

Si tratterebbe di applicare, cioè, gli ordinari canoni interpretativi.

Questi essendo gli elementi da esaminare, il criterio interpretativo *ubi voluit dixit* potrebbe apparire in qualche modo sminuito dalla (generalmente riconosciuta) mancata compiutezza dei profili fiscali da parte del legislatore del D.lgs. n. 159 del 2011 per le imprese assoggettate ad esso.

L'applicazione analogica della regola posta dall'art. 50, secondo comma, secondo periodo, D.lgs. n. 159 del 2011 potrebbe invece trovare un forte appiglio nella disposizione di cui all'art. 104-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. Al C.p.p., secondo cui "In caso di sequestro disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del Codice, o di confisca ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al Titolo IV del Libro I del citato Decreto legislativo". Esprimendo così una compatibilità strutturale tra le regole di cui al Titolo IV D.lgs. n. 159 del 2011 (che inizia proprio con l'art. 50 in esame) ed il sequestro disposto ai sensi dell'art. 321 comma 2 C.p.p.

L'altra opzione interpretativa consiste invece nel riferire la previsione dell'art. 50, secondo comma, secondo periodo, del D.lgs. n. 159 del 2011 all'altro istituto contemplato nel corpo delle disposizioni, vale a dire al sequestro. La dizione entro i limiti degli importi dei

debiti “che si estinguono per confusione” si intenderebbe come facente riferimento ai debiti “che potranno” estinguersi per confusione ovvero “che saranno estinguibili” a tale titolo. Essendo il sequestro funzionale alla confisca, cronologicamente ad essa propedeutico e disciplinato nello stesso D.lgs. n. 159 del 2011, la norma, letta così, lo ricomprienderebbe e disapplicherebbe in tal caso l'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

Detta opzione non è priva di logica, come si vedrà appresso, ma comporterebbe in certo modo una lettura non esattamente letterale della norma. Con le perplessità che conseguono in base agli ordinari canoni interpretativi circa il superamento del dato letterale.

Una conferma potrebbe cogliersi con l'interpretazione sistematica.

La disciplina del D.lgs. n. 159 del 2011 provoca, in ragione dei rilevanti interessi pubblici in gioco, un vistoso impatto nella gestione delle imprese in via ordinaria, causando tra i soggetti gerenti una dissociazione notevolmente simile, anche se non identica, a quel che avviene nelle dinamiche fallimentari.

Esiste quindi una rilevazione dei debiti dell'impresa alla data dell'intervento giudiziale, con riferimento alla quale gli organi giudiziari hanno una funzione di controllo, ed è del tutto separata la vicenda dei debiti insorti durante la procedura.

In tale quadro di separazione delle gestioni e di decisivo intervento degli organi giudiziari, la disapplicazione dell'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010 per i debiti d'imposta relativi al periodo antecedente al sequestro (e quindi alla confisca) apparirebbe coerente sia con il sistema di accertamento dei debiti antecedenti il sequestro medesimo (mediante insinuazione al passivo, controllo giudiziale e liquidazione secondo l'ordine delle preferenze stabilite dalla legge) sia con la necessità di impedire che uno dei creditori (sia pur l'Erario) acquisisca vantaggi successivamente al sequestro in danno degli altri ed in spregio dei provvedimenti giudiziali sullo stato passivo. Sia, ancora, con la

generale sospensione delle procedure a carico dell'impresa del preposto, dalla quale è possibile desumere il superamento delle tutele individuali e l'affidamento delle valutazioni sulle attività da svolgere in corso di sequestro agli organi della procedura.

Rispettando il principio di separazione sancito dalla norma speciale del D.lgs. n. 159 del 2011, la valutazione delle ragioni dei creditori ed il loro soddisfo sono così affidati agli organi giudiziari della procedura in una forma di liquidazione che supera le iniziative individuali, che per l'appunto sono bloccate ed interdette.

La permanenza del divieto di compensazione tra crediti verso l'Erario post sequestro e debiti erariali ante sequestro non avrebbe ragion d'essere in termini di tutela degli interessi erariali quanto alla riscossione, poiché anche le potestà ordinarie in tema di procedure esecutive di riscossione sono sospese *ex lege* in pendenza di sequestro. L'assegnazione di somme al creditore-fisco prescinde, in tal caso, da ogni volontà dell'ex gerente dell'impresa (il proposto) ed è affidata esclusivamente agli organi della procedura, che la eseguono secondo i dettami della Legge speciale. L'attribuzione di un'utilità aggiuntiva al creditore-Fisco ante sequestro mediante l'imputazione di somme generatesi con attività effettuate post sequestro sarebbe quindi eversiva rispetto al piano di riparto redatto dagli organi della procedura.

È chiara peraltro in giurisprudenza l'assoluta cesura tra la gestione *ante* sequestro e quella *post* sequestro.

In specie, la Corte di Cassazione ha avuto modo di ribadire, con la sentenza n. 5865/2019, che il criterio della *par condicio creditorum*, comune alle procedure fallimentari, non è stravolto dalla presenza di ragioni creditorie dell'Erario, presenza dalla quale non si deve dedurre una ragione di prededuzione su quei crediti stessi.³

³ "...Secondo il Collegio, la ricostruzione operata dal Tribunale milanese, secondo cui anche il credito erariale va accertato secondo le disposizioni di cui agli artt. 57 e seguenti del D.lgs. n. 159/2011, salvo estinguersi per confusione una volta accertato nella sua esistenza nel grado di privilegio, è perfettamente aderente alle coordinate di un sistema improntato alla tutela della *par condicio creditorum* nella quale la particolare disciplina della confusione estintiva in ragione della coincidenza

Non parrebbe sistematicamente incoerente pertanto che l'amministratore giudiziario in corso di sequestro - mentre provvede ordinariamente agli adempimenti tributari di contabilità, dichiarazione e versamento⁴ - potesse procedere ad effettuare le compensazioni consentite dalla legge, senza il filtro dell'art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010. Filtro che rimarrebbe sospeso per la durata della procedura di sequestro ex D.lgs. n. 159 del 2011.

L'interpretazione sistematica, tuttavia, è strumento non principale ai fini ermeneutici, dovendosi preferire l'interpretazione letterale e potendosi frequentemente, nell'interpretazione sistematica, rinvenire delle logiche che possono portare a risultati divergenti.

3. La risposta n. 919-46/2024 all'interpello e le sue criticità

Da quanto sopra esposto, è emerso come la soluzione dell'applicabilità della previsione di cui all'art. 50, secondo comma, secondo periodo, D.lgs. n. 159 del 2011, pur prospettabile per le ragioni su esposte, non sia per nulla pacifica e la soluzione interpretativa sia tutt'altro che univoca.

della qualità di creditore e debitore presuppone però la valutazione comparativa dei titoli vantati dai terzi. Il rischio paventato dal ricorrente, ossia che il compendio confiscato sulla relazione bancaria risulterebbe aggredibile dai terzi creditori, lasciando insoddisfatto il credito vantato dallo Stato, pur teorico, è del tutto conforme ai principi generali dell'ordinamento, mentre sarebbe la diversa soluzione propugnata, che sacrifica sempre e comunque, a prescindere dalla tipologia delle cause di prelazione, i diritti dei terzi creditori, a manifestare seri dubbi di tenuta costituzionale. La regola di cui all'art. 50 del D.lgs. n. 159/2011 intende disciplinare solo le modalità di estinzione (per confusione) dei crediti erariali suscettibili di essere fatti valere sui beni confiscati. La tesi propugnata dal ricorrente finirebbe con l'assegnare a tale disposizione l'impropria valenza di riconoscimento di credito in prededuzione, che rappresenta invece una ipotesi del tutto eccezionale in deroga alla *par condicio*, tanto più se attribuita a un credito non contratto nell'interesse e nel corso della procedura concorsuale e in difetto di una specifica e inequivocabile norma di legge in tal senso, come appare lecito ritenere argomentare sistematicamente dall'art. 111 della Legge fallimentare" (sottolineatura nostra).

⁴ Come ricorda l'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 114/E del 31-08-2017, "resta ferma, durante la vigenza del procedimento cautelare, l'imprescindibilità degli obblighi contabili, dichiarativi e di versamento a carico dell'amministratore giudiziario, la cui inosservanza può rappresentare comportamento sanzionabile per lo stesso".

Per giunta, su questo specifico tema della compensazione delle imposte⁵ nel sequestro non sono noti contributi dottrinari, né arresti giurisprudenziali né indirizzi di prassi, atti a confortare il comportamento degli amministratori giudiziari,⁶ essendosi invece diretti tutti questi apporti sui temi vicini della confisca.⁷

Esiste però la recente risposta della DRE Calabria n. 919-46/2024 ad interpello. Risposta che, pur non essendo condivisibile, è certamente utile a evidenziare le ragioni di una conclusione avversa.

In essa la DRE, dopo aver considerato l'art. 31, comma primo, D.L. n. 78 del 2010, istitutivo del divieto di compensazione, e richiamato la relativa circolare applicativa, pur richiamando diffusamente la Risoluzione n. 70/E del 29-10-2020, ha poi ritenuto che nel sequestro preventivo non si possa applicare il secondo comma dell'art. 50 D.Lgs. n. 159 del 2011 a causa della "differente natura, finalità e durata dei due istituti", poiché:

⁵ Non è nemmeno chiaro lo spettro delle imposte estinguibili per confusione. Secondo la risoluzione n. 114/E del 31-08-2017, richiamata dalla successiva risoluzione n. 70/E del 29-10-2020, i crediti aventi natura erariale suscettibili di estinzione per confusione sono quelli relativi ad IRPEF, ad IRES, ad IVA, a ritenute alla fonte, ad imposta di registro e alle ipotecarie e catastali, escludendo i crediti relativi a contributi previdenziali e assistenziali, ai tributi locali e ai diritti camerali.

Per quanto concerne l'IRAP, la DRE Sicilia 12-06-2012, n. 39986, e S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644, ne hanno negato la estinguibilità per confusione valorizzando la destinazione regionale del tributo, mentre la DRE Calabria con risposta n. 919-70 del 26 giugno 2017 ad un interpello ha concluso in senso opposto.

Per quanto riguarda i contributi previdenziali, la dottrina (F. CIMINO, *L'estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, p. 58, ove rinvii a P. PURI, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario. Dalla parafiscalità alla fiscalizzazione del sistema previdenziale*, Milano, 2005) ha sottolineato che detti prelievi sono ascritti ora all'area della parafiscalità ora alla nozione di tributo, seppur nella *species* della tassa, o dei prelievi a carattere commutativo o della c.d. imposta speciale.

⁶ Lo stesso S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644, ha posto l'accento sulle eventuali responsabilità amministrative e penali sia del contribuente sia dello stesso amministratore giudiziario.

⁷ Cfr. ad esempio, S. CAVALIERE, *Il regime fiscale dei beni sequestrati o confiscati*, in AA.VV. (a cura di D. POSCA), *Problematiche gestionali di beni e aziende sequestrate*, Castel San Giorgio (Sa), 2023, pp. 390-391.

- il sequestro si caratterizzerebbe per la sua temporaneità, al contrario della confisca, contraddistinta dalla definitività:
- ancora, il sequestro avrebbe natura cautelare provvisoria, mentre la confisca avrebbe il carattere della definitività;
- gli amministratori giudiziari sarebbero già agevolati dalle regole di cui all'art. 50, primo comma, D.lgs. n. 159 del 2011, a mente del quale le procedure esecutive, gli atti di pignoramento e i provvedimenti cautelari sono sospesi nelle ipotesi di sequestro di aziende o partecipazioni societarie, e quindi tale norma consentirebbe loro "di dedicarsi ai già difficili aspetti operativi aziendali, senza l'ulteriore incombenza di gestire, in assenza dello strumento della compensazione, le posizioni debitorie in carico agli enti della riscossione e le conseguenti azioni esecutive".

La conclusione non è convincente. I primi due argomenti - che poi in realtà costituiscono due profili dello stesso argomento - sono irrilevanti ai fini della decisione. La differenza strutturale enfatizzata dalla DRE esiste certamente, poiché altrimenti si avrebbe un unico istituto. Ma esiste un altro tratto comune al sequestro ed alla confisca, che invece è stato trascurato nella risposta ad interpello: la frattura tra proprietà dell'impresa e la sua gestione (frattura provvisoria nel sequestro e definitiva nella confisca) o, in altri termini, lo spossessamento che interviene in entrambi i casi. Accompagnato dalla volontà statale di agire sulle imprese in modo chirurgico, per non distruggere tutto ciò che gravita intorno ad esse, quanto ai terzi in buona fede e specialmente ai lavoratori impiegati.

Nemmeno il terzo argomento è convincente. In esso si sottolinea la comunanza della considerazione di entrambi gli istituti di sequestro e confisca nel primo comma dell'art. 50 D.lgs. n. 159 del 2011, ma poi si ritiene che il blocco delle procedure esecutive etc. possa già esser sufficiente per alleviare il compito degli amministratori giudiziari. Come se per gli amministratori giudiziari fosse già un sollievo dai loro compiti (e dovesse esser sufficiente) non occuparsi delle procedure esecutive intraprese dagli enti di riscossione.

Ma la ragione per la quale il divieto di compensazione dovrebbe reputarsi insussistente nei sequestri ex D.lgs. n. 159 del 2011 sta nella similitudine degli effetti (al di là del profilo temporale) e negli altri aspetti sopra illustrati, da cui dovrebbe derivare la possibilità per gli amministratori giudiziari (che peraltro sono terzi con qualifica di pubblico ufficiale) di estinguere le obbligazioni tributarie mediante compensazione anche nel caso di sequestro. Agendo quindi sotto il profilo sostanziale e non sotto quello degli aspetti esecutivi.

International Tax disputes: The case of India, Australia and the United States (Le controversie tributarie internazionali: il caso India, Australia e Stati Uniti)

di **Emanuela Di Rauso**

*Dottoranda di ricerca in Imprenditorialità e Innovazione -
Dipartimento di Economia - Università degli Studi della Campania
"Luigi Vanvitelli"*

ABSTRACT

The following research work examines the concept of tax disputes, dispute management in detail and ultimately strives to provide solutions to resolve various disputes. It takes as a cue the dispute resolution methods used by India, Australia, and the United States. The best dispute resolution method is that of "cooperation" between the different Member States. An example of friendly cooperation is the MAP.

SOMMARIO

1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca
- **2.** Introduzione - 2.1. Brevi cenni sugli istituti deflattivi base del contenzioso tributario - 2.2. L'importanza dei tempi, MAP - 2.3. La durata media di un Caso - 2.4. La risoluzione delle controversie fiscali: Caso Regno Unito - 2.5. La risoluzione delle controversie fiscali: Caso Australia - 2.6. La risoluzione delle controversie fiscali: Caso India
- **3.** Risultati di ricerca e conclusioni

1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca

La metodologia utilizzata per il seguente lavoro è la revisione sistemica della letteratura, prendendo in considerazione le fonti dall'anno 2021 ad oggi. Le banche date utilizzate sono: Juris, Researchgate, Scopus, Google Scholar. Inoltre, sono state prese in considerazione molti testi presenti presso la biblioteca dell'Università Degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Le parole chiave di ricerca sono state: - Istituti deflattivi - Mediazione - Accordo - Controversie internazionali. La revisione sistemica della letteratura è stata svolta in questo modo:

1) Raccolta degli articoli attraverso le banche dati;

2) Attenta analisi degli articoli;

3) Messa in evidenza tutte le componenti che forniscono una panoramica chiara per poter rispondere in modo esaustivo alle domande di ricerca poste nel corso del seguente lavoro. Le domande di ricerca poste sono le seguenti:

a) Quali possono essere i possibili strumenti oltre agli istituti deflattivi per risolvere le controversie fiscali senza arrivare al contenzioso?

b) In che modo hanno reagito i vari ordinamenti tributari ai nuovi metodi di risoluzione?

Il lavoro attraverso una revisione anche dei trattati applicati dal 2021 ad oggi cerca di rispondere alle seguenti domande di ricerca e cerca inoltre di offrire importanti "possibili soluzioni" per evitare il ricorso al contenzioso che porta elevati costi e tempi giuridici lunghi. Le varie statistiche affermano che il ricorso eccessivo al contenzioso porta tempi molto lunghi di risoluzione delle controversie e costi elevati e nella maggior parte dei casi senza arrivare al perfetto soddisfacimento degli interessi del contribuente e degli uffici giudiziari.

Lo scopo di questo lavoro è quello, infatti, di trovare un equo metodo di risoluzione delle controversie imitando anche gli stati

internazionali.

2. Introduzione

Il numero crescente di contribuenti¹ e la loro consapevolezza di dover pagare le tasse portano ogni anno ad un aumento del numero di controversie crescenti in tribunale. Le controversie sono inevitabili nel sistema tributario fiscale. In base ai dati statistici raccolti, nelle varie letterature *review* nel periodo 2012/2022 ci sono stati milioni di casi ma meno della metà risolti, questo a causa di un ridotto numero di giudici. Ogni giudice ha un numero di casi esponenziali da risolvere. Si tratta indubbiamente di una situazione terribile. L'ineguaglianza tra il numero di casi e il numero dei giudici e le procedure ordinarie estremamente lunghe porta a costi di processo alti e numero di casi irrisolti alti. Le controversie tributarie possono nascere da vari fattori come:

- Lo sviluppo del commercio da parte dei contribuenti a livello globale;
- La regolamentazione delle operazioni transfrontaliere (TNC).

In buona sostanza le controversie fiscali internazionali sono quelle che oppongono le autorità fiscali di due paesi diversi. Esse derivano da interpretazioni differenti delle disposizioni di un trattato fiscale tra due paesi. Ma tutti i trattati fiscali danno il diritto ai contribuenti di presentare reclamo² all'autorità competente dell'amministrazione fiscale nazionale interessata. L'autorità competente è abituata a risolvere il problema, oppure, in base alla procedura amichevole (MAP), a consultarsi con l'autorità competente dal partner trattato. In base alla procedura amichevole le autorità competenti non hanno l'obbligo di risolvere la controversia ma devono solo "sforzarsi" di

¹ V. BUSA, "Le nuove prospettive della mediazione tributaria", in *Corriere Tributario*, n. 11/2012.

² G. MARINI, "Profili costituzionali del reclamo e della mediazione", in *Corriere Tributario*, n. 12/2012.

risolverla. La procedura amichevole è segreta e anche l'esistenza di un reclamo non viene resa pubblica. La procedura amichevole richiede troppo tempo è questa è una pecca per risolvere le controversie. L'OCSE ha sviluppato però uno "Standard dei tempi di elaborazione" che indicano scadenze adeguate alle diverse fasi di un caso MAP. L'adozione dei tempi di elaborazione può accelerare il MAP e migliorare la trasparenza. Per approfondimenti ai tempi della procedura MAP si veda il paragrafo successivo.

2.1. Brevi cenni sugli istituti deflattivi base del contenzioso tributario

A partire dal 1997 il numero di controversie fiscali tra contribuenti e fisco è sempre maggiore. Il legislatore tributario ha sentito il bisogno sempre maggiore di introdurre gli istituti deflattivi volti a correggere le controversie fiscali. Gli istituti deflattivi base sono sette:

- L'accertamento con adesione
- L'adesione ai verbali di constatazione
- La definizione dell'invito a comparire
- L'autotutela tributaria
- L'acquiescenza
- La mediazione tributaria
- La conciliazione giudiziale.

Iniziamo col descrivere l'accertamento con adesione e soprattutto l'importanza di tale procedimento. È stato introdotto con l'art. 3, comma 120, della Legge 23 dicembre 1996, n. 662. Anche se trova le sue fonti normative specifiche nell'art. 2-bis e 2-ter del D.lgs. 30 settembre 1994, n. 564, con la delega del D.lgs. del 19 giugno 1997, n. 218, artt. 1 e 13. In questi Decreti si descrive apertamente lo scopo principale dell'avviso di accertamento con adesione. Lo scopo è:

"Ridefinire la pretesa tributaria". La ridefinizione della pretesa tributaria può partire dal contribuente (come accade nella maggior parte dei casi), o dal fisco nel caso di un'imposizione minore destinata

dal contribuente da parte degli uffici dell'Agenzia delle Entrate³. L'accertamento con adesione si divide in diverse fasi e sono le seguenti:

- 1) Iniziativa d'ufficio o istanza del contribuente
- 2) Contraddittorio
- 3) Formazione dell'atto di adesione
- 4) Perfezionamento della definizione

L'accertamento con adesione si divide in varie fasi come spiegato nello specifico prima. Per quanto concerne la prima fase, l'accertamento con adesione può essere attivata per iniziativa d'ufficio, prima della notifica dell'avviso di accertamento oppure su istanza del contribuente. L'istanza può essere presentata sempre a meno che il contribuente non abbia ancora impugnato l'atto dinanzi alla Commissione Tributaria. A seguito dell'istanza del contribuente nel termine di (15 giorni) formula al contribuente l'invito a comparire per lo svolgimento del contraddittorio (2° fase). Nella 2° fase non c'è alcun obbligo di definizione dell'accertamento per l'ufficio, perché l'ufficio dovrà valutare attentamente, caso per caso l'idoneità degli elementi forniti dal contribuente e ridimensionare l'accertamento effettuato. La 3° fase è il contraddittorio tra le parti ed è la parte più importante. In questa fase il contribuente può esporre e documentare i fatti e le circostanze non considerate dall'ufficio e idonea a contrastarle o a limitarle le pretese. Dopo l'avvio del procedimento si svolge il contraddittorio fra le parti, nel corso del quale il contribuente può esporre e documentare i fatti e le circostanze non considerate dall'Ufficio e idonee a contrastarne o limitarne le pretese. Esso, che, come detto, rappresenta l'elemento centrale e caratterizzante dell'istituto in questione, può concludersi:

- con la definizione del rapporto tributario, cioè con un accordo, il cui contenuto viene riprodotto nel c.d. atto di adesione sottoscritto dalle parti;

³ M. DI CAPUA, *"L'evoluzione degli istituti deflattivi del contenzioso nell'esperienza dell'Agenzia delle Entrate"*, in Neotepa, n. 3-bis/2009, p. 20.

- con l'archiviazione, nell'ipotesi in cui l'Ufficio accolga in toto le ragioni del contribuente;

- con la notifica dell'avviso di accertamento (se l'istanza del contribuente riguardava un PVC) o il mantenimento dell'atto di imposizione già emesso, se l'Ufficio non ritiene sufficienti le ragioni del contribuente o, comunque, se manca un accordo. Pertanto, se le parti raggiungono un accordo, viene redatto l'atto di adesione, necessariamente motivato, che deve essere sottoscritto dal contribuente (o dal suo rappresentante) e dal capo dell'ufficio o da un delegato (terza fase). L'accertamento si perfeziona con il pagamento delle somme dovute (per intero) o della prima rata, entro venti giorni dalla redazione dell'atto di adesione, senza obbligo di prestazione della garanzia in caso di versamento rateale. Entro dieci giorni dal pagamento dell'intero importo o della prima rata, il contribuente deve trasmettere la quietanza di pagamento e la documentazione dell'eventuale garanzia prestata all'Ufficio, che, a sua volta, rilascerà, solo in quel momento, copia dell'atto di adesione. Il perfezionamento dell'adesione consente al contribuente, oltre a evitare i rischi e i costi del contenzioso tributario, di beneficiare della riduzione delle sanzioni amministrative e degli effetti premiali nell'ambito del procedimento penale nonché di alcune limitazioni all'ulteriore azione accertatrice. In particolare, per quanto riguarda il profilo sanzionatorio, a seguito della definizione dell'accertamento le sanzioni amministrative tributarie vengono ridotte a un terzo del minimo edittale, essendo calcolate sulla base delle nuove pretese erariali, con l'avvertenza che tale riduzione copre anche le violazioni prodromiche all'evasione del tributo. Si ricorda, inoltre, che il Ministero ha affermato che anche la definizione in adesione di un avviso di accertamento impedisce l'irrogazione delle sanzioni accessorie, di cui all'art. 21 del D.lgs. n. 472/9732. Per quanto riguarda i benefici penali, l'estinzione dell'obbligazione tributaria costituisce circostanza attenuante ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 24, con la conseguenza che le pene previste per i delitti di cui allo stesso Decreto sono diminuite

fino a un terzo e non si applicano le pene accessorie se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie.⁴ Ulteriore effetto premiale dell'adesione è la definitività dell'atto di accertamento definito con adesione. Pertanto, in seguito alla definizione dell'accertamento con adesione, il nuovo imponibile definito in contraddittorio tra le parti diventa, in principio intangibile, poiché l'Amministrazione finanziaria non può più intervenire (salvo alcune fattispecie tassativamente previste) per modificare il reddito accertato o concordato e il contribuente non può più impugnarlo. Altri due istituti importantissimi per ridurre le sanzioni, senza arrivare al contenzioso tributario sono:

- L'adesione ai verbali di constatazioni
- La definizione dell'invito a comparire.

Questi due istituti si differenziano dall'avviso di accertamento perché qui il contribuente ammette "La valutazione esatta della sanzione, da parte degli uffici", questa esatta valutazione porta gli uffici all'obbligo della riduzione delle sanzioni. L'istituto "Invito a comparire" è stata introdotta dal comma 1 dell'art 27 D.L. n. 185/2008 nell'ambito dell'art. 5 del D.lgs. n. 218/1997 (nuovo comma *bis*) che estende la facoltà per il contribuente di aderire al contenuto dell'invito a comparire previsto dal primo comma del medesimo articolo. Questo istituto si caratterizza per l'accettazione da parte del contribuente in maniera integrale della pretesa tributaria e questa porta appunto come dicevamo alla risoluzione della sanzione da parte dell'amministrazione. È ora opportuno parlare di un opportuno strumento definito dal diritto tributario come istituto deflattivo. Questo ulteriore strumento è l'autotutela. L'autotutela può essere definita come uno strumento a tutela "appunto" dell'amministrazione

⁴ R. LUNELLI, F. RAVASIO, A. MISSONI, L. LUNELLI, "Istituti deflattivi del contenzioso tributario", Il Sole 24 Ore, 2013.

finanziaria, ma allo stesso tempo e in via indiretta a tutela del contribuente per due ragioni:

1) L'autotutela consente l'annullamento di un atto per vizi, emesso dalla Pubblica Amministrazione nei confronti del contribuente.

2) La Pubblica amministrazione tutelandosi lei, tutela indirettamente anche il contribuente, in modo tale che possa ricevere finalmente "un'equa tassazione" commisurata alla sua capacità contributiva. Questo istituto porta con sé l'annullamento anche non solo dell'altro principale, ma di tutti gli atti a lui connessi. All'annullamento dell'atto viziato può seguire la sua sostituzione con un nuovo atto conforme al diritto, atteso che l'esercizio al potere di autotutela non implica consumazione del potere impositivo, sicché rimosso con effetto ex tunc l'atto di accertamento⁵ illegittimo o infondato. L'amministrazione finanziaria conserva ed è tenuta ad esercitare, nella permanenza dei presupposti di fatto, e di diritto la potestà impositiva. L'acquiescenza invece rappresenta un altro istituto deflattivo che trova la sua fonte normativa nell'art. 15 del D.lgs. n. 218/97. In questo riferimento normativo "L'acquiescenza è vista come l'accettazione in tutto dell'accertamento così come formulato dall'ufficio". L'acquiescenza è quell'istituto a mezzo del quale il contribuente - che abbia ricevuto un avviso di accertamento o di liquidazione aventi ad oggetto le imposte dirette, l'imposta sul valore aggiunto, l'imposta di registro, l'imposta di successione e di donazione. L'acquiescenza si realizza, pertanto con il "comportamento concludente" del contribuente che a seguito della notifica dell'avviso di accertamento/liquidazione non deve presentare nessuna richiesta all'ufficio, ma deve:

1) Rinunciare ad impugnare l'atto alla Commissione tributaria provinciale;

2) Rinunciare a formare l'istanza di riconoscimento con adesione

⁵ Si veda L. FERLAZZO NATOLI - G. INGRAO, *"Il rispetto del contraddittorio e la residualità dell'accertamento tributario"*, in Bollettino tributario d'informazione, n. 7/2010, p. 486.

3) Versare entro il termine stabilito la somma dovuta.

L'acquiescenza ha effetti dal lato penale e dal lato sanzionatorio. Dal lato sanzionatorio perché si riduce la sanzione del contribuente. Dal lato penale trova la sua applicazione nell'art. 2, comma 4, del D.lgs. n. 218/97.

La mediazione tributaria è un altro istituto deflattivo ed è stata introdotta nel nostro ordinamento con il D.L. 6 luglio 2011, n. 98, che ha inserito all'interno del D.lgs. n. 546/92, l'art. 17-*bis*, il dichiarato ha l'intento di deflazionare le controversie concernenti atti impositivi di valore non elevato mediante una fase preventiva o obbligatoria di contraddittorio tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria. Lo scopo è quello di sottoporre ai giudizi pretesa impositiva di imposta ridotti solo a seguito di un tentativo amichevole tra il contribuente e l'amministrazione.⁶ La mediazione tributaria può essere utilizzata su quegli atti con sanzione che non superano i 20.000 Euro, oppure per un atto impositivo che supera i 20.000 Euro ma in cui è applicabile la disciplina di cui all'art 17-*bis* il cui valore art. 12, comma 3, del D.lgs. n. 546/1992 sia superiore a 20.000 Euro ma che sia stato entro il termine per l'impugnazione, annullato parzialmente in autotutela portando così la pretesa ad un valore inferiore della predetta soglia.

La mediazione inizia con l'obbligo del contribuente di notificare all'agenzia delle entrate, entro il termine per il ricorso un reclamo ovvero (un riesame dell'atto di accertamento). La proposta di accertamento parte da un reclamo/ricorso. La mediazione, infatti, secondo l'art. 17-*bis* parte con un ricorso e poi c'è la facoltà per il contribuente di inserire anche una proposta di mediazione nel ricorso. Il procedimento si svolge così:

- 1) Istanza di reclamo da parte del contribuente da presentare all'agenzia delle entrate
- 2) L'atto va impugnato dal contribuente entro 60 giorni.
- 3) Se il ricorso contiene la mediazione allora si applicano le

⁶ Si faccia riferimento a A.F. AURICCHIO, "L'accertamento tributario", Giappichelli, Torino, 2014.

disposizioni della conciliazione giudiziale.

La proposta di mediazione può essere redatta in forma libera. L'ufficio una volta che vede la proposta di reclamo e la proposta di mediazione del contribuente può:

- Accogliere il reclamo volto all'annullamento totale o parziale dell'atto;
- Accogliere, se presente la proposta di mediazione e invitare il contribuente a sottoscrivere il relativo accordo senza particolarità di formalità
- Non accoglie né reclamo, né mediazione, né formulare una proposta diversa.

Quando l'ufficio formule una proposta diversa deve tener conto:

- Dell'incertezza della questione;
- Del grado di sostenibilità della questione;
- Del principio dell'economicità della pretesa amministrativa.

La mediazione⁷ si conclude con l'accordo tra contribuente e ufficio e il versamento della somma. La conciliazione giudiziale è definita dall'art 48 del Decreto legislativo n. 546 del 31 dicembre del 1992, che presuppone l'esistenza di un progetto pendente di primo grado. Un processo che ha lo scopo di "conciliare appunto..." di far fronte ad un accordo tra contribuente e ufficio. La conciliazione tributaria si concludere con il versamento della somma da parte del contribuente.

2.2. *L'importanza dei tempi, MAP*

Il MAP rappresenta una procedura per risolvere le controversie⁸ fiscali nazionali e internazionali ma presenta dei punti fallimentari. Uno di questo sono "I tempi" di risoluzione dei casi. Ogni controversia tra Stati riguardo la tassazione per essere risolta richiede un tempo

⁷ Si veda A. GIANFRANCO., "Strumenti deflativi del contenzioso tributario", Maggioli Editore, Rimini, 2013

⁸ Si veda L. MONTECAMOZZO, "Gli istituti deflattivi del contenzioso tributario", Egea, 2013, p. 222.

diversa da un'altra. In base alle statistiche al massimo possiamo andare a definire dei tempi standard per la risoluzione⁹ di controversie simili. Sarebbe infatti impossibile fissare un termine adatto a tutti i casi, perché il tempo necessario per trattare un caso varia a seconda di una serie di fattori, ad esempio:

- La complessità del caso;
- La collaborazione del contribuente a risolvere il caso.

Alcuni paesi dell'OCSE per rendere la procedura MAP più efficace ed efficiente hanno introdotto "Periodo di tempi obiettivo del MAP". La statistica ha aiutato l'OCSE in tal senso, studiando i casi simili, andando a ripetere alcuni requisiti dei casi da prendere in considerazione. Ad esempio:

- Il numero di domande;
- I casi pendenti;
- I casi risolti;

2.3. La durata media di un Caso

Questi parametri possono essere degli utili indicatori per trattare un caso. Le MAP¹⁰ possono quindi essere utili per risparmiare soldi e tempo delle solite procedure ordinarie. Spieghiamo, in modo pratico il concetto di tempo: Le AC rappresentano le singole autorità dei singoli Stati autorizzate alla risoluzione delle controversie fiscali tramite MAP. Le AC dei due Stati membri dov'è nata la controversia dovrebbero comunicare tra di loro in maniera efficiente e utilizzando la trasparenza in tempi brevi.¹¹ Proprio la trasparenza di comunicazione, infatti tra i Stati membri rappresenta un punto di forza del MAP. Il MAP si è però dichiarata una procedura fallimentare per le multinazionali.

⁹ C. ATTARDI, "Reclamo e mediazione: costituzionalità e ricadute sulla teoria generale del processo tributario", in *Corriere Tributario*, n. 18/2013.

¹⁰ T. SOURDIN, "Evaluating ADR in ATO Disputes: Executive Summary. Evaluation of ADR". Australia, 2015.

¹¹ F.G.SCOCA, "Brevi Considerazioni sul Modello del Processo Tributario", p. 731, 2015.

Cioè per quelle imprese che hanno più sedi in Stati diversi, questo lo si può spiegare con un esempio pratico.

Consideriamo due società: A e B.

La società A ha una succursale in uno Stato diverso da dove tiene l'impresa A considerata impresa principale e ha una controversia fiscale¹² con la società B che non detiene succursali. Gli Stati sono tre: A; B e lo Stato succursale. Mentre gli AC coinvolti sono due. Le domande sono le seguenti, ce poi sono le stesse che mettono in evidenza i limiti delle MAP:

- In che modo possiamo fare sì che lo Stato della succursale sia d'accordo con le procedure MAP dello Stato della società A e della società B?

Purtroppo, non è ancora possibile giuridicamente¹³ parlarne, perché non esiste ancora un trattato che vada a regolarizzare le operazioni MAP tra tre Stati diversi. Le AC dei vari Stati devono anche prestare molta attenzione a monitorare le risorse a livello monetario utilizzate per concludere le procedure tramite MAP. Infatti, il numero dei casi risolti deve essere conforme cioè proporzionale alle risorse impiegate. Inoltre, le AC possono anche nominare consulenti esterni esperti nella materia per risolvere le controversie fiscali in maniera più rapida.

2.4. La risoluzione delle controversie fiscali: Caso Regno Unito

L'istituzione fiscale del Regno Unito, His Majesty's Revenue and Customs (HMRC), nel 2011 ha cercato di realizzare un programma di risoluzione delle controversie fiscali che possono riguardare la doppia imposizione e non. Questo programma condiviso anche dall'India prevede il programma di "Risoluzione alternativa delle controversie". Il programma di risoluzione¹⁴ alternativa delle controversie prevede la presenza di una terza persona, nella risoluzione dei casi chiamata:

¹² F. TUNDO, "Possibili rimedi al mancato invito del contribuente al contraddittorio nell'accertamento con adesione", in *Corriere Tributario*, n. 7/2013.

¹³ R. LUNELLI, F. RAVASIO, A. MISSONI, L. LUNELLI, *Istituti deflattivi del contenzioso tributario*, Il Sole 24 Ore, 2013.

“Mediatore”. I mediatori in questo programma sono considerati dei facilitatori per risolvere le controversie fiscali delle grandi imprese.¹⁵ Invece per le medie e piccole imprese non esiste la presenza del mediatore bensì l’HMRC offre facilitatori formati per risolvere le controversie (senza mediatori). Quindi, nei programmi di mediazione e facilitazione fiscale l’HMRC (autorità fiscali degli Stati Uniti), coinvolge terze parti neutrali come mediatori e facilitatori. Recentemente il programma è stato considerato un successo ed è stato utilizzato in gran numero per risolvere i casi dei contribuenti delle piccole e medie imprese.

2.5. La risoluzione delle controversie fiscali: Caso Australia

Dopo il Regno Unito che ha implementato l’HMRC come tentativo di risolvere le controversie¹⁶ attraverso un meccanismo di paradigma di mediazione e cooperazione, anche l’Australia ha iniziato ad utilizzare l’ADR che è una procedura di risoluzione delle controversie emanata dall’Australian Taxation Office (ATO). La procedura di ADR¹⁷ prevede i seguenti fasi per risolvere le controversie fiscali:

- Mediazione;
- Negoziazione, discussione del caso;
- Conciliazione;
- Valutazione da parte dei soggetti neutrali.

¹⁴ Si veda J. OWENS, “Tax Administrator, Taxpayers, And Their Advisors: Can The Dynamics of The Relationship be Changed”. *Bulletin For International Taxation*, September (2012).

¹⁵ K.A DIEHL, “Dealing with Tax Court Judges’ Conflicts of Interest: Battat v. Commissioner”, in *American Bar Association Newsquarterly: Section of Taxation*, n. 3, 2017.

¹⁶ Si faccia riferimento a JONE M, “What can the United Kingdom’s Tax Dispute Resolution System Learn from Australia? An Evaluation and Recommendations from a Dispute Systems Design Perspective, Business School, Australia, 2016, pp. 3-40.

¹⁷ B. BILLINGSLEY and M. AHMED, “Evolution, revolution and culture shift: A critical analysis of compulsory ADR in England and Canada” *Common Law World*, pp. 186-213, 2016.

Lo scopo dell'ATO¹⁸ era migliorare i rapporti con i contribuenti. Infatti, secondo l'ATO non può finire un rapporto tra "Contribuente e autorità fiscale" solo per una controversia. A tal proposito l'Australian Taxation Office (ATO) nel 2013 pubblicò il: "Practice Statement Law Administration PS LA 2013/3". Questo rapporto offriva ai contribuenti la risoluzione delle controversie in modo semplice, economico e rapido. L'ATO adotta il principio base di: Prevedere di risolvere le controversie in un determinato periodo. Secondo uno studio condotto dall'Australian Centre for justice innovation: Civil Justice Research online di Tania Sourdin e Alan Shanks, l'ATO attraverso questo nuovo programma è in grado di far risparmiare tempi e costi ai contribuenti per risolvere le controversie. Ed inoltre i contribuenti hanno più fiducia nelle autorità fiscali¹⁹. Il programma di mediazione secondo le statistiche è un ottimo metodo per risolvere le controversie fiscali sia per le piccole, per le medie e le grandi imprese. I tempi di risoluzione delle controversie si sono ridotti letteralmente da 8 a 23 mesi e ora si risolvono in soli 61 giorni o 2 mesi o più velocemente. La mediazione riduce anche i costi di risoluzione delle controversie. Per concludere questo programma si risolvono le controversie attraverso costi efficienti e tempi rapidi.

2.6. La risoluzione delle controversie fiscali: Caso India

L'India per risolvere le controversie fiscali utilizza anch'essa la "Mediazione".²⁰ Ma la mediazione viene utilizzata dopo che il contribuente ha sollevato un'obiezione attraverso la lettera di obiezione. Durante il processo il governo deve "scoprire" una nuova legislazione per risolvere le controversie fiscali e governo e contribuente. In India risolvere le controversie fiscali attraverso la

¹⁸ Si veda HMRC "Resolving Tax Disputes. Practical Guidance for HMRC Staff on the Use of ADR in Large or Complex Cases", Australia, 2012.

¹⁹ C. GLENDI, "Verso la "Nuova Legislatura e un Nuovo Assetto della Giustizia Tributaria", in Diritto e Pratica Tributaria, n. 1, 2018.

²⁰ V. WAYE, Mandatory mediation in Australia's civil justice system *Common Law World Review*, Australia 2016, pp. 214 -235.

mediazione è un “diritto del contribuente”.²¹ Per finzione giuridica si intende la presa in considerazione di casi simili in altri paesi per risolvere le controversie nel proprio paese, attraverso una “scoperta legislativa”. Questo metodo è risultato efficace ed efficiente secondo le statistiche per risolvere molti casi in India.

3. Risultati di ricerca e conclusioni

La fiscalità dei paesi risulta essere molto importante tale da far nascere numerose controversie tra i contribuenti e il governo in quasi tutti i paesi. Molte ricerche affermano che tutte le attività e tutti i contribuenti dovrebbero tener conto della fiscalità sin dalla nascita dei modelli di business della loro attività. In tale ricerca, in questo paper andando a studiare attraverso la *review* della letteratura i diversi casi, si può affermare e aggiungere che la fiscalità²² dovrebbe essere inserita come una strategia di business all’interno del business model delle imprese. Se questo avviene dal lato economico la giurisprudenza si adeguerebbe subito al cambiamento e creerebbe “un modello giurisprudenziale AD-HOC” per ogni singola controversia fiscale. Il problema che resta è il seguente:

- 1) Come far diventare tutti gli Stati più attenti alle controversie?
- 2) Come la giurisprudenza tributaria si può adeguare alle necessità dei singoli contribuenti? Attraverso linee guida? Regolamenti? Decreti?

Queste domande potrebbero essere spunti di ricerca futura. E le risposte date nel seguente studio sono solo un punto d’inizio.

²¹ M. HANKS, “*Perspectives on Mandatory Mediation*”, UNSW Law Journal, pp. 929-952, 2012.

²² E.A. SEPE, “Quale Riforma per la Giustizia Tributaria”, in *Il Fisco*, n. 23, 2016.

La crisi globale esplosa negli Stati Uniti nel settembre 2008, i suoi effetti sull'Eurozona e le ripercussioni in Italia sul rapporto tra economia sommersa ed evasione: approfondimenti e sorprese

di Raffaele Perrone Capano

Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The study represents a further reflection on what was said in the speech presented in Naples in June 2020, as part of the Spring in Naples Conference on the relationship between the underground economy and tax evasion. The comparison between the constant reduction of the underground economy since the first years of the introduction of the euro and the acceleration highlighted starting from 2015, through the careful analysis of the ISTAT reports on the underground economy, confirms the downsizing of a phenomenon that survives in restricted non-competitive areas and whose dimensions, now marginal, are aligned with those of the most advanced economies.

The work ends with a harsh criticism of the IRPEF counter-reform implemented between 2006 and 2007 by the second Prodi government. The main cause, together with the multiplication of the expedients used since 2014 to increase revenue, of the low growth of Italy in the last fifteen years.

SINTESI

Lo studio rappresenta un approfondimento del tema svolto nella relazione sul rapporto tra economia sommersa ed evasione, tenuta a Napoli nel giugno 2020, nell'ambito del Convegno Spring in Naples. Il confronto tra la riduzione costante dell'economia sommersa fin dai primi anni dell'introduzione dell'euro e la sua accelerazione, evidenziata a partire dal 2015 attraverso l'analisi dei rapporti dell'ISTAT su "economia sommersa ed evasione, conferma il ridimensionamento bagnato di un fenomeno che sopravvive in aree di nicchia non concorrenziali e le cui dimensioni, ormai marginali, sono allineate a quelle delle economie più avanzate.

Al riguardo il lavoro richiama sinteticamente l'evoluzione della politica tributaria italiana nell'arco di un trentennio, e si conclude con una analisi impietosa della controriforma dell'Irpef attuata tra il 2006 e il 2007 dal secondo Governo Prodi. La principale causa, assieme alla moltiplicazione degli espedienti utilizzati a partire dal 2014 per aumentare il gettito, della bassa crescita dell'Italia nell'ultimo quindicennio.

SOMMARIO

1. Premessa - **2.** Dalla crisi finanziaria internazionale del 2008 a quella del debito sovrano italiano del 2011: le ricadute sull'economia e i riflessi sul fisco - **3.** Le riforme fiscali attuate tra il 1996 e il 2014 e le ricadute sull'evasione fiscale - **4.** La crescita delle entrate tributarie, in un'economia stagnante: un caso di scuola, l'Italia nel 2019 - **5.** La "lotta all'evasione" metafora di una politica tributaria alla ricerca esasperata di maggiori entrate, con lo schermo di meccanismi d'illusione finanziaria che non c'entrano con il contrasto all'evasione - **6.** Dal 2014 la "lotta" all'evasione, con la moltiplicazione delle ipotesi di reverse charge, imbocca un sentiero scivoloso: ma è il diritto a

La crisi globale esplosa negli Stati Uniti nel settembre 2008, i suoi effetti sull'Eurozona e le ripercussioni in Italia sul rapporto tra economia sommersa ed evasione: approfondimenti e sorprese

finire fuori strada - **7**. L'evoluzione dell'economia sommersa nel periodo 2014/2021 in un recente rapporto dell'ISTAT - **8**. Conclusioni