

LA NORMATIVA CREDITIZIA SUGLI *UNLIKLEY TO PAY* E LA DIRETTIVA 2019 N. 1023 SULLA RISTRUTTURAZIONE PREVENTIVA.

di ANDREA PISANESCHI

SOMMARIO: **1.** Le istituzioni europee coinvolte tra *hard law* e *soft law*. **2.** La definizione armonizzata di N.P.E. e il *calendar provisioning* della B.C.E. **3.** Gli Orientamenti dell'A.B.E. **4.** La direttiva 2019 n. 1023 nel quadro delle misure di riduzione degli N.P.E. **5.** Allerta precoce e crediti *unlikely to pay*: un difficile coordinamento.

1. La direttiva 2019\1023 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, si inserisce in un più ampio quadro normativo, guidato dalle Istituzioni Europee e finalizzato, tra l'altro, a diminuire le percentuali di crediti deteriorati nell'ambito del settore bancario. In particolare il Consiglio Europeo nel 2017 ha espressamente sottolineato che *“un approccio globale che riunisca una combinazione di azioni politiche complementari a livello nazionali e se del caso a livello europeo è il modo più efficace per far fronte agli attuali stock di crediti deteriorati, nonché all'insorgenza e all'accumulazione di nuovi crediti deteriorati nei bilanci delle banche, in particolare in tutti e quattro i seguenti settori politici: i) vigilanza, ii) riforme strutturali dei quadri in materia di insolvenza e recupero dei crediti, iii) sviluppo di attività*

secondarie di attività deteriorate e iv) promozione della ristrutturazione del sistema bancario.”¹

L'insieme di queste misure è considerato, inoltre, necessario per poter pervenire ad un completamento dell'Unione Bancaria, resa tutt'ora difficile non solo da una diversità di esposizione del sistema creditizio europeo al rischio sovrano, ma anche da un diverso livello quantitativo di crediti deteriorati presenti nel sistema bancario degli Stati membri.

La Commissione, invitata dal Consiglio a monitorare semestralmente i progressi compiuti nella riduzione dei crediti deteriorati e nella riduzione del rischio nell'Unione bancaria, segnala (nell'ultima comunicazione disponibile) che nonostante la quota dei crediti deteriorati si sia notevolmente ridotta a livello europeo (al 3,3% nel terzo trimestre del 2018) in calo dell'1,1, su base annua, permangono notevoli differenze tra gli Stati membri (ad esempio la Germania ha una quota dell'1,6% mentre l'Italia del 9,5 %, tre Stati sono ancora ben sopra il 10%).²

Come evidenziato dalla stessa Commissione, (quarta relazione), quadri efficienti e prevedibili in materia di recupero crediti e insolvenza sono fondamentali per aiutare le banche a far fronte allo *stock* di crediti deteriorati e a evitarne il riaccumulo in futuro, così come i medesimi costituiscono le premesse per sviluppare un mercato secondario –europeo- dei medesimi crediti deteriorati. E' noto, infatti, che la diversità di regole a livello europeo in materia di insolvenza, di recupero, di tempistiche giudiziali, costituisce uno degli ostacoli principali allo sviluppo di un mercato ben funzionante e non asimmetrico.

Per queste ragioni il Consiglio ha espressamente sollecitato le Istituzioni Europee, nell'ambito delle loro competenze, ad adottare le necessarie misure in maniera coordinata, invitando la

¹ Cfr. *Conclusioni del Consiglio sul piano d'azione per affrontare la questione dei crediti deteriorati in Europa*, 11 luglio 2017

² Si veda *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio e alla Banca Centrale Europea*. Quarta relazione sui progressi compiuti nella riduzione dei crediti deteriorati e nell'ulteriore riduzione del rischio nell'Unione bancaria del 12.6.2019 (COM) 2019, 278. Il documento da conto del fatto che negli ultimi tre anni sono stati eliminati circa 112 miliardi di euro di crediti deteriorati lordi dai bilanci delle banche (tra cui circa 82 miliardi in Italia). Alla data di pubblicazione del rapporto il volume totale dei crediti deteriorati era pari a 786 miliardi di euro.

Commissione, oltre a completare la già citata riforma dei quadri di ristrutturazione preventiva sfociata poi nella direttiva del 20 giugno 2019, a prendere in considerazione nel quadro della revisione del pacchetto c.d. CRR|CRD IV, misure prudenziali applicabili ai nuovi crediti concessi, per far fronte ad una possibile insufficienza degli accantonamenti; la Banca Centrale Europea (poi B.C.E.) ad emanare orientamenti per le banche in merito ai crediti deteriorati per gli enti significativi; l'Autorità Bancaria Europea (poi A.B.E.) a presentare entro l'estate 2018 Orientamenti generali sulla gestione dei crediti deteriorati per tutte le banche dell'U.E. e anche Orientamenti dettagliati in materia di concessione dei crediti, monitoraggio e *governance* interna delle banche per affrontare questioni come la trasparenza e la valutazione della solvibilità del mutuatario; la Commissione ad elaborare un approccio europeo per promuovere lo sviluppo di mercati secondari di crediti deteriorati, al fine di eliminare gli ostacoli al trasferimento di crediti deteriorati da parte delle banche a soggetti non bancari e alla possibilità per tali soggetti non bancari di detenere crediti deteriorati e al recupero delle garanzie reali (su questo ultimo aspetto è stata approvata una proposta di direttiva).³

Le autorità sollecitate hanno approvato, in questi ultimi anni, le normative richieste. Ne è pertanto scaturito un sistema complesso, misto sul piano della forza delle fonti (*hard law* emanato dalla Commissione, suddiviso in regolamenti e direttive) *soft law* emanato da B.C.E. e A.B.E. e sua volta distinto in Orientamenti,⁴ Linee guida,⁵ Aspettative di vigilanza,

³ SI tratta della proposta di direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali (COM) 2018, 0135. L'obiettivo della direttiva è di contribuire allo sviluppo di un mercato secondario dei crediti anche attraverso la previsione di un meccanismo di escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie, riducendo pertanto i tempi di escussione ed aumentando il valore dei crediti deteriorati. Per un commento alla proposta di direttiva cfr. R. Natoli, *L'escussione accelerata delle garanzie reali nella proposta di direttiva sui crediti deteriorati (N.P.L.)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019, 59 ss.

⁴ Cfr. A.B.E., *Relazione finale, Orientamenti sulla gestione di esposizioni deteriorate e oggetto di concessioni*, 31 ottobre 2018

⁵ Cfr. B.C.E., *Linee guida per le banche sui crediti deteriorati (N.P.L.)*, 20 marzo 2017; *Addendum alle Linee guida della B.C.E. per le banche sui crediti deteriorati (N.P.L.): Aspettative di vigilanza in merito agli accantonamenti prudenziali per le esposizioni deteriorate*, Marzo 2018

Comunicazioni⁶ e finanche comunicati stampa richiamati a loro volta come fonti di obblighi (nel caso dalla B.C.E.),⁷ ma misto anche sul piano degli obblighi generati: ad esempio le norme di *hard law* prodotte dalla Commissione generano nei confronti del sistema bancario obblighi c.d. di primo pilastro, mentre le linee guida e le aspettative di vigilanza della B.C.E., teoricamente obblighi giuridicamente non vincolanti di secondo pilastro (su tale distinzione e sulle differenze di trattamento normativo torneremo successivamente).

Una lettura complessiva di questo modello è tuttavia necessaria perché il sistema è stato pensato per essere omogeneo al fine di raggiungere, attraverso una riduzione del rischio delle banche, un miglioramento della circolazione della liquidità in Europa con conseguente beneficio sulla crescita economica.

In questo contesto la direttiva sui quadri di ristrutturazione preventiva 2019\1023 dovrebbe dare un contributo ad evitare un ulteriore crescita di crediti deteriorati. Come espressamente rilevato dal III considerando della medesima direttiva, infatti: “*i quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero inoltre prevenire l’accumulo di crediti deteriorati. La disponibilità di quadri efficaci di ristrutturazione preventiva garantirebbe di poter intervenire prima che le società non siano più in grado di rimborsare i prestiti, contribuendo in tal modo a ridurre il rischio di un deterioramento di quest’ultimi nei periodi di congiuntura sfavorevole nonché ad attenuare l’impatto negativo sul settore finanziario.*”⁸

⁶ Cfr. B.C.E., *Comunicazione in merito alle aspettative di vigilanza sulla copertura delle NPE*, 2019

⁷ Cfr. B.C.E., *Comunicato Stampa*, 11 luglio 2018. Tale comunicato stampa è richiamato espressamente dalla Comunicazione citata nella nota precedente come documento di riferimento per le banche, insieme alle Linee guida del 2017 e all’*Addendum* alle Linee guida del 2018.

⁸ Come espressamente rilevato, peraltro, dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio e alla Banca Centrale Europea. Quarta relazione sui progressi compiuti nella riduzione dei crediti deteriorati e nell’ulteriore riduzione del rischio nell’Unione bancaria* del 12.6.2019 (COM) 2019, già citata, la gestione dei crediti deteriorati trarrebbe beneficio da quadri più efficienti e prevedibili in materia di recupero dei crediti e insolvenza. Per questa ragione i servizi della Commissione stanno conducendo anche una analisi comparativa sui quadri nazionali in materia di recupero dei crediti che comprende le procedure di recupero sia individuali che collettive e le procedure di insolvenza.

L'insieme delle misure evidenzia la stretta correlazione esistente tra gli strumenti di ristrutturazione dell'impresa, le modalità di gestione del rischio da parte del sistema bancario ed infine l'impatto del processo di ristrutturazione sui requisiti di capitale della banca. Tale correlazione, del resto, non ha effetti solo giuridici ma anche gestionali, sia rispetto all'intermediario creditizio, sia rispetto all'impresa. Da questo insieme di misure dipendono, infatti, sia le scelte imprenditoriali della banca, come ad esempio il mantenimento del rapporto in bilancio o la cessione a terzi e finanche la concessione di nuova finanza, sia, per conseguenza, le modalità di impostazione della ristrutturazione da parte dell'impresa.⁹

Nondimeno un sistema normativo così articolato e complesso, prodotto da differenti autorità di regolazione, può facilmente presentare elementi di contraddizione e necessità di armonizzazione interpretativa.

Si tratterà pertanto preliminarmente della nozione armonizzata di credito deteriorato o N.P.E. (*non performing exposure*) nel quale rientra ormai anche la c.d. categoria di U.T.P. (*unlikely to pay*), gli effetti degli N.P.E. sul capitale delle banche secondo la normativa primaria e le aspettative di vigilanza, gli strumenti di allerta bancari interni secondo gli orientamenti dell'A.B.E., ed infine il modello di allerta secondo la direttiva 1023 del 2019, in particolare per coordinare i principi di quest'ultima con la normativa creditizia di settore.

2. La nozione armonizzata di N.P.E., stabilita normativamente dal regolamento (UE) n. 6801/2014 della Commissione, e poi ripresa nei documenti dell'A.B.E. e della B.C.E. con medesimo significato, tratta in maniera eguale le diverse situazioni definite come “sofferenza”, “inadempienze probabili” (U.T.P.) e “esposizioni scadute e\ sconfinante deteriorate.”¹⁰

⁹ Cfr. A. Malinconico- F. Parente, *Dalla gestione in outsourcing alla cessione dei NPL: opzioni strategiche e linee guida della BCE*, in *Bancaria*, 2017, n. 5; F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019, 1 ss.

¹⁰ Questa distinzione è indicata nella circolare della Banca di Italia 272 del 120 luglio 2008 -10° aggiornamento del 28 dicembre 2017. Secondo tale circolare gli

Secondo la definizione armonizzata, infatti, un'esposizione creditizia è comunque classificata come N.P.E. quando vi sia un "giudizio della banca circa l'improbabilità che senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie".¹¹ In quest'ultimo caso la posizione è definita come *unlikely to pay* (o U.T.P.). Si tratta infatti non di una situazione di inadempimento o di ritardo nell'adempimento delle obbligazioni, ma di un giudizio prognostico, da effettuarsi da parte dell'intermediario, su di un possibile, futuro, non adempimento delle obbligazioni.¹²

Come si accennava poco sopra, questa situazione di probabilità di inadempimento è ora considerata dalla normativa primaria europea, come eguale alla situazione di inadempimento rilevante (*past due*) o di sofferenza, tanto che, in tutti questi casi, le posizioni sono definite come *non performing exposure*

N.P.I.s si distinguono in 1) sofferenze "ovvero il complesso delle esposizioni creditizie per cassa e fuori bilancio nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdite formulate dalla banca. Sono escluse le situazioni le cui anomalie siano riconducibili a profili attinenti al rischio paese". 2) Inadempienze probabili (U.T.P.) "la classificazione in tale categoria è il risultato del giudizio della banca circa l'improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali ad esempio l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie. Tale valutazione va operata in maniera indipendente dalla presenza di eventuali importi (o rate) scaduti e non pagati." 3) Esposizioni scadute e o sconfinanti deteriorate : "sono esposizioni (diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili) che sono scadute o che eccedono i limiti di affidamento da oltre 90 giorni e oltre una predefinita soglia di rilevanza".

¹¹ Come si è visto criteri più precisi di definizione non si rinvergono nel diritto positivo. La *Circolare della Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008 (matrice dei conti)* ha introdotto con il 10 Aggiornamento del 28 dicembre 2017 la nozione di inadempienze probabili, differenziandole dalle altre esposizioni deteriorate. La permanenza nell'ordinamento italiano, di diverse classificazioni di crediti deteriorati ha però fini essenzialmente statistici, dato che tali esposizioni sono definite ai fini degli assorbimenti patrimoniali, come N.P.E. Si veda sul punto P. Messina, *Unlikely to pay: potenzialità e difficoltà nelle operazioni di mercato*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019, 190.

¹² Vi è al proposito una generale condivisione circa il fatto che nel caso degli U.T.P., la considerazione della semplice difficoltà a far fronte a pagamenti di solito si rivela temporanea, per cui il debitore non può essere giudicato, *tout court*, insolvente. Cfr. in questo senso F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, cit., 22.

(N.P.E.), dizione che ha modificato, in tutti i documenti normativi e di vigilanza, la precedente dizione di *non performing loans* (N.P.L.).¹³

Tuttavia quando si parla di probabilità di insolvenza non si è verificato ancora alcun inadempimento e dunque il rapporto è ancora in essere. Inoltre la valutazione è prospettica e si fonda su criteri valutativi non precisati.¹⁴

In passato, del resto, e anteriormente alla grande crisi del 2008 che ha progressivamente modificato gli assetti e i principi di vigilanza, la posizione di U.T.P aveva una sua autonoma classificazione, denominata nella circolare di Banca Italia c.d. “matrice dei conti”- come “incaglio”.¹⁵ Si tratta di una terminologia che rende bene il senso di incertezza che caratterizza questa seconda situazione, che può essere recuperata *in bonis* e che è pertanto assai differente dalla insolvenza accertata.

Tale eguale trattamento di situazioni assai diverse – come vedremo soprattutto ai fini dell’impatto sul capitale- è stato tuttavia giustificato dalla nuova normativa post-crisi, sia per la necessità di evitare arbitraggi da parte del sistema bancario rispetto alle due categorie (U.T.P. e sofferenza) ritardando il passaggio dalla prima alla seconda con conseguente possibile aumento del profilo di rischio dell’intermediario, sia per spingere il sistema bancario ad una gestione tempestiva e proattiva del credito deteriorato, anticipandone l’intervento.

Per contro, come si dirà, è ben possibile che questa medesima classificazione, che ha rilevanti impatti sul capitale degli intermediari, spinga i medesimi ad una cessione a terzi della

¹³ Cfr. De Angelis, *Le regole contabili degli NPL*, in *Diritto, Banca e Mercati finanziari*, 2019, 15.

¹⁴ Per questa ragione la assimilazione tra le due situazioni è generalmente criticata in dottrina. Si veda P. Messina, *Unlikely to pay. Potenzialità e difficoltà nelle operazioni di mercato*, cit., 195 che espressamente si domanda “*come il regolatore Europeo abbia mancato di operare tale rilevante distinzione e abbia optato per la equiparazione tra NPLs e UTP, senza aver riguardo alla circostanza che dall’equiparazione terminologica ne deriva che entrambi i crediti in parola, nonostante le profonde differenze sostanziali, soggiacciono alle medesime disposizioni inerenti le attività di vigilanza, soprattutto in materia di accantonamenti prudenziali*”.

¹⁵ Si tratta della già citata *Circolare della Banca d’Italia n. 272 del 30 luglio 2008 (matrice dei conti)*

relazione (come in passato è avvenuto per gli N.P.L).¹⁶ Da qui il tentativo di costruire sia un sistema europeo uniforme sui quadri di insolvenza per consentire la circolazione di tali rapporti in ambito europeo senza gravi asimmetrie regolatorie, ma anche il tentativo – per vero ancora molto *in fieri*- di promuovere un vero mercato secondario a livello europeo attraverso la costituzione di una piattaforma di scambio di questi crediti.¹⁷

Da un punto di vista prudenziale, la normativa primaria, data dal regolamento (UE) n. 630\2019 (che ha modificato il precedente regolamento (UE) 575\2013 c.d. *Capital Requirements Regulation* “CRR”) stabilisce il trattamento degli N.P.E. (secondo la definizione armonizzata sopra ricordata) nell’ambito dei c.d. requisiti di primo pilastro. Si tratta quindi di norme giuridicamente vincolanti per tutte le banche con sede nell’Unione Europea. Tale normativa impone una deduzione dai fondi propri per i crediti deteriorati non sufficientemente coperti da accantonamenti o da altre rettifiche, a far data dal 26 aprile 2019, secondo un percorso temporalmente determinato. Gli N.P.E. non garantiti (quindi sia situazioni di insolvenza accertata, sia di *past due*, sia i c.d. U.T.P.) dovranno essere coperti integralmente entro tre anni, mentre i crediti garantiti da beni immobili entro nove anni e quelli garantiti da beni mobili entro 7, con previsione di accantonamenti crescenti annuali al fine di evitare il c.d. *cliff edge* alla scadenza temporale prevista.

¹⁶ Questa soluzione è quella considerata prevalente tra i commentatori sia perché gli stessi organi di vigilanza suggeriscono l’opportunità di una loro cessione, anche in conseguenza del maggior rigore richiesto nella individuazione di tali posizioni e dell’inasprimento delle rettifiche di valore, sia perché, in definitiva le banche non hanno al loro interno strutture attrezzate per la gestione di situazioni complesse, da un punto di vista valutativo e gestionale, come gli UTP.

¹⁷ Il piano di azione del Consiglio del 2017 aveva invitato la B.C.E., l’A.B.E. e la Commissione a considerare la creazione di piattaforme per le operazioni in crediti deteriorati al fine di stimolare lo sviluppo di mercati secondari. A fine novembre 2018 è stato pubblicato un documento di lavoro dei servizi della Commissione, redatto peraltro congiuntamente con il personale della B.C.E. e dell’A.B.E., sulla creazione di una tale piattaforma. Si tratterebbe di mercati elettronici in cui i titolari di crediti deteriorati e investitori potrebbero scambiarsi informazioni su portafogli di crediti deteriorati e negoziarli. Come si diceva, però, la costituzione di tali piattaforme è tuttora ancora molto *in fieri*. Sul tema A. Malinconico, A Di Cerbo, *La cessione dei N.P.L: ostacoli e proposte per lo sviluppo del mercato europeo*, IPE working paper n. 17 december, 2020

A questa normativa primaria, valida per tutte le banche, si sono aggiunte le linee guida della BCE espresse in vari documenti, quali le “Linee guida per le banche sui crediti deteriorati” del 2017, l’ “Addendum alle Linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati” del marzo 2018, un “Comunicato stampa” dell’11 luglio 2018, e una “Comunicazione in merito alle aspettative di vigilanza sulla copertura delle NPE” del 2019. I sostanzialmente coevi (31 ottobre 2018) “Orientamenti sulla gestione di esposizioni deteriorate e oggetto di concessioni” approvati invece dall’A.B.E., riguardano le modalità di gestione degli NPE e non il loro impatto sul capitale, e pertanto saranno esaminati successivamente.

I documenti della B.C.E., che come abbiamo visto, assumono varia forma, passando da “Linee guida”, a “Comunicazioni”, fino a “comunicati stampa” (ai quali la B.C.E medesima si riferisce come fonte di interpretazione dei precedenti documenti) sono in generale qualificabili nell’alveo delle fonti c.d. di *soft law*, giuridicamente non vincolanti e formalmente non tipizzate.¹⁸

È noto infatti, che nel momento del riparto delle competenze normative tra A.B.E. e B.C.E., fu attribuito all’A.B.E. un ampio potere regolamentare, finalizzato all’armonizzazione della normativa in materia di prassi di vigilanza in Europa, mentre la B.C.E. fu incaricata della vigilanza bancaria sulle c.d. *Significant Institutions*, senza però attribuirgli il corrispettivo potere regolamentare, ma, al contrario, con l’obbligo del rispetto delle regole poste dall’A.B.E. Fu creata in sostanza, contrariamente ai modelli ordinari di regolazione che tendono a concentrare in un solo organo l’intera attività di regolazione -

¹⁸ Sulle *soft law* cfr. E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, M. Ramajoli, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati*, 2/2016. Sul punto si veda anche B. BOSCHETTI, “*Soft law e normatività: un’analisi comparata*”, *cit.*, p. 1 e F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543. Si può in generale dire che vi è una certa condivisione nel ritenere che la *soft law* sia prodotta da soggetti privi di rappresentanza democratica e che le sanzioni previste sono indirette e riconducibili a valutazioni effettuate dal mercato nel quale il soggetto opera. L. Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in www.ejcl.org; A. Posner, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review* 573(2008).

intesa come potere normativo, di vigilanza e sanzionatorio- una suddivisione tra due autorità: all'A.B.E. il potere di normazione, mentre alla B.C.E. il potere di vigilanza e di sanzione.¹⁹

Le regole prodotte dalla B.C.E., non tipizzate giuridicamente, sono pertanto meri annunci anticipati di prassi di vigilanza e per questa ragione sono autodefinitive dallo stesso organo come "Aspettative di vigilanza". Si tratta cioè di regole teoricamente non vincolanti, e destinate ad essere utilizzate dalla B.C.E. durante le valutazioni di SREP a livello di singola banca (la valutazione caso per caso è stata precisata dal Comunicato Stampa dell'11 luglio 2018).²⁰ Esse, come specificato dalla stessa B.C.E., non obbligano l'intermediario, ma in caso di mancato rispetto producono l'apertura di un "dialogo di vigilanza".

Il dialogo di vigilanza è retto dai classici principi della *soft law* sovranazionale ed in particolare dalla regola c.d. *comply or explain*, in base alla quale l'ente vigilato può decidere se uniformarsi alle richieste della vigilanza o motivare sulle ragioni per le quali decide di non uniformarsi. Nel caso tuttavia che la B.C.E. non condivida la motivazione, è possibile che l'autorità di vigilanza possa adottare una misura c.d. di secondo pilastro, (ad esempio chiedendo alla banca di effettuare i necessari accantonamenti) come espressamente precisato, tra l'altro, dalla Comunicazione B.C.E. del 2019: "*va rilevato che le aspettative di vigilanza della B.C.E. non hanno natura giuridicamente vincolante e non costituiscono una decisione. Le banche che le soddisfano possono attendersi che la B.C.E. consideri prudente il loro trattamento delle N.P.E. Se invece un ente non aderisce a tali aspettative e se la B.C.E. tenuto conto delle circostanze specifiche da esso presentate, ritiene che gli accantonamenti prudenziali effettuati non coprano in misura adeguata il rischio*

¹⁹ Cfr. A. Pisaneschi, *Banca Centrale Europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *Federalismi.it*. 17.09.2014.

²⁰ In tale comunicato dell'11 luglio 2018 "*La B.C.E. annuncia ulteriori passi nella definizione dell'approccio di vigilanza per le consistenze di N.P.L. si trova scritto che "per fronteggiare le consistenze di crediti deteriorati la B.C.E. formulerà aspettative di vigilanza riguardo ai relativi accantonamenti a livello di singola banca". Inoltre "le aspettative definite a livello di singola banca tengono conto, in modo coerente tra enti comparabili, dell'attuale incidenza degli N.P.L. per la banca in oggetto e delle principali caratteristiche della sua situazione finanziaria"*.

di credito, è possibile che sia adottata una misura di vigilanza di secondo pilastro”.

In definitiva l’Autorità di vigilanza gode, in questo campo, di un’ampia discrezionalità, accentuata dalla valutazione caso per caso, e da una sorta di potere sostitutivo rispetto alle decisioni degli amministratori in materia. E’ vero che giuridicamente le aspettative non sono vincolanti, ma il potere finale di decisione spetta comunque alla vigilanza.²¹

In questo contesto “*L’Addendum alle linee guida,*” approvato nel 2018 dalla B.C.E. ha a sua volta previsto, secondo il modello del regolamento del 2019, una progressione di accantonamenti prudenziali secondo una logica di calendario (da cui il nome, normalmente utilizzato nella prassi, di *calendar provisioning*).²² Poiché tuttavia la vigilanza della B.C.E. riguarda solo gli intermediari qualificati come *Significant Institutions* (SI) il *Calendar Provisioning* non riguarda le banche non *significant*, che invece sono sottoposte alla normativa del regolamento del 2019 e alla vigilanza della Banca d’Italia.

Vi sono inoltre ulteriori differenze, da un punto di vista del contenuto, tra la normativa primaria e le aspettative di vigilanza di secondo pilastro.

In primo luogo le aspettative di vigilanza si applicano a tutti gli N.P.E., classificati come tali, anche se erogati anteriormente all’entrata in vigore dell’*addendum* e questo aspetto costituisce una delle ragioni fondamentali della previsione. Secondo la B.C.E., infatti, tale misura andrebbe a completare la normativa primaria che si applica solo ai crediti erogati a far data dal 26 aprile 2019. La normativa di primo pilastro, del resto, non potrà

²¹ Anche in questo caso la questione pone delicati problemi, sia per la gestione della discrezionalità della vigilanza sia rispetto alle valutazioni, in tale campo, effettuate dagli amministratori in particolare rispetto alla c.d. *business judgment rule* in tema di svalutazione dei crediti, che risulta assorbita dalle determinazioni della B.C.E. Cfr. A. Sacco Ginevri, *Crediti deteriorati e business judgment rule*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia, Temi e problemi di diritto dell’economia*, 2019, 152 ss.

²² Il *calendar provisioning* è stato oggetto di critiche, non solo in relazione alla stretta tempistica e ai rilevanti impatti in termini di capitale che tale tempistica impone, ma anche per una mancata analisi, differenziata, sui tempi dei processi esecutivi e delle procedure concorsuali che avrebbe necessitato un approccio più collegato alle cause che agli effetti. Cfr. A. Blandini, *Crediti deteriorati e struttura delle banche: considerazioni di insieme*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia, Temi e problemi di diritto dell’economia*, 2019, 219

mai applicarsi né alle consistenze già esistenti di N.P.E., né ai crediti erogati anteriormente al 26 aprile 2019 e che dovessero poi decadere. In sostanza, per diversi anni il trattamento di primo pilastro non consentirebbe di affrontare adeguatamente le consistenze di N.P.E. che dovessero generarsi rispetto a crediti erogati anteriormente a quella data, divenendo pertanto le aspettative di vigilanza di secondo pilastro lo strumento unico per colmare tale lacuna. A tale proposito, suona come tragicamente profetico un passaggio della Comunicazione della BCE del 2019: *“tale differenza acquista particolare rilevanza se si considerano i tempi necessari affinché una banca realizzi il portafoglio di crediti in bonis corrente: nell’arco di tale periodo, shock macroeconomici potrebbero avere un impatto avverso sulla qualità creditizia delle esposizioni in bonis sorte prima del 29 aprile 2019. Di conseguenza, le autorità di vigilanza devono disporre di strumenti per fronteggiare questo potenziale rischio”*.

Vi è poi una differenza di calendario tra la normativa di primo pilastro e la normativa di secondo. Secondo le aspettative di vigilanza i crediti dovranno essere svalutati integralmente entro due anni se non garantiti e entro sette se garantiti, definendo, solo per i crediti garantiti, una progressione annuale a partire dal terzo anno.

3. Gli “Orientamenti sulla gestione di esposizioni deteriorate e oggetto di concessioni” non riguardano direttamente gli impatti degli N.P.E. sul patrimonio delle banche. Esse infatti dettano soprattutto orientamenti sulla gestione degli N.P.E., statuendo consolidate prassi di gestione dei rischi e delle esposizioni oggetto di concessione, comprese le strategie di riduzione delle NPE, i meccanismi di *governance*, il sistema dei controlli interni e il monitoraggio. Relativamente a questi aspetti gli “Orientamenti” si intersecano con le “Linee guida” dettate dalla B.C.E. nel 2017, aventi analogo oggetto e che tuttavia hanno un grado di specificità maggiore.

Il tema degli N.P.E, comprese le modalità di utilizzazione delle c.d. misure di concessione (c.d. *forbearance*) risulta pertanto regolato in dettaglio, con assai poco spazio di autonomia privata.

Tra i due documenti (gli Orientamenti dell'A.B.E. e le Linee guida della B.C.E.) vi sono alcuni rilevanti punti di contatto: il primo punto di contatto consiste nella fissazione di un tetto (*ceiling*) del 5% per quanto concerne l'incidenza lorda degli N.P.E., a livello consolidato, subconsolidato o individuale, in presenza del quale l'intermediario ha l'obbligo di adottare una strategia di alleggerimento.²³

Come precisato dalla Comunicazione del 2019 della B.C.E. (e quindi in questo caso in relazione alle banche *Significant*), inoltre, rientra nella discrezionalità di vigilanza richiedere alla singola banca, pur in presenza di un'incidenza inferiore al 5% una strategia di alleggerimento quando vi sia una concentrazione specifica di N.P.E. in singoli portafogli, in una regione geografica, in un settore economico o in un gruppo di clienti connessi.

Anche in questo caso la discrezionalità di vigilanza è molto elevata, accentuata dalla valutazione caso per caso e dalla carenza, in questa specifica ipotesi, di criteri determinati fissati *ex ante*.

Il *ceiling* del 5% appare superiore alla media europea della percentuale di crediti deteriorati nei bilanci delle banche (nel 2018 del 3,3%) ed anche superiore alla media di alcuni paesi rilevanti dell'Unione Europea (Germania, Francia, Spagna), ma ancora assai inferiore alla media italiana (e di altri paesi come Grecia e Portogallo), il che comporterà ulteriori rilevanti sacrifici nei bilanci bancari dei paesi con medie superiori.

A parte questo aspetto gli orientamenti richiedono agli intermediari creditizi di porre in essere una strategia per ottenere una riduzione degli N.P.E. (*reduction target*) attraverso una analisi distinta per portafoglio e a seguito di un processo a sua volta suddiviso in varie fasi, con controlli di primo, di secondo e di terzo livello. Anche il ciclo di vita dell'NPE è distinta in

²³ La fissazione di un *ceiling* al 5 % è stato assai criticato, sia per l'impatto stimato di un ulteriore ammontare di crediti deteriorati per circa 70 miliardi di euro, sia perché ciò indurrebbe ad una progressiva fuoriuscita dal mercato delle banche più piccole, sia perché il regolamento (UE) 2013/75, poi modificato dal (UE) 2019/630 si basa sul principio di proporzionalità. Non sarebbe allora conforme a tale principio la fissazione, per la generalità delle imprese bancarie, del 5% del limite degli NPE, a prescindere dalla dimensione e dal territorio dove operano. Si veda per queste considerazioni A. Blandini, *Crediti deteriorati e struttura delle banche: considerazioni di insieme*, cit., 219

fasi. Per gli inadempimenti probabili (U.T.P.) si suggerisce che l'intermediario assuma tutte le informazioni necessarie ad un puntuale *assessment* sullo stato economico-finanziario del debitore (evidenziando anche il grado di collaborazione e di trasparenza del medesimo) ai fini della stabilizzazione della posizione e della individuazione delle corrette misure di concessione.

Proprio sulle misure di concessione (*forbearance*) il documento si sofferma con una intera sezione, dettando una disciplina assai dettagliata sia sulla tipologia delle misure, sulla loro praticabilità, sulla loro classificazione e sulle *policy* interne che gli intermediari devono adottare per determinare processi e monitoraggio. Se mai si avesse qualche dubbio sul ritorno alla classificazione dell'ordinamento bancario come ordinamento sezionale, tale dubbio dovrebbe essere fugato dalla pervasività di un tale sistema di regole speciali che comprimono inevitabilmente l'autonomia privata per tutelare l'interesse generale alla stabilità dell'intermediario.

Le misure di *forbearance* rivestono, come noto, particolare rilievo rispetto alla crisi di impresa, costituendo normalmente i primi atti di intervento del creditore bancario quando la crisi si manifesta. In conseguenza del fatto che l'utilizzazione di queste misure può costituire anche, in qualche modo, una prassi che può portare l'intermediario a prolungare la classificazione *in bonis* del rapporto, aumentandone con il ritardo il profilo di rischio, gli Orientamenti dell'A.B.E. sono molto precisi nel classificare la loro praticabilità (*viable*). Secondo tali previsioni, le misure di concessione dovrebbero essere finalizzate a riportare il debitore in una situazione di rimborso sostenibile, tenendo conto dell'ammontare del dovuto e delle perdite attese. Sono descritte analiticamente anche con considerazioni di merito in ordine alla loro sostenibilità, nell'allegato V agli Orientamenti.²⁴

A parte la tipologia, suddivisa in breve e lungo termine, le misure debbono basarsi su un *assessment* complessivo della relazione, e come si diceva, debbono essere sostenibili e

²⁴ In argomento, F. Callegaro, *La gestione delle non performing e forborne exposures nelle nuove Linee Guida E.B.A. in consultazione*, in www.dirittobancario.it, 9\10\2018 e G. Gallo, *I crediti deteriorati. Tecniche di gestione negoziale: cessione e ristrutturazione*, in www.dirittobancario.it 04\07\2019

praticabili. In particolare una misura di *forbearance* a breve termine (entro due anni) è praticabile, secondo i criteri A.B.E., quando il debitore è stata interessato da un evento identificabile che ha provocato vincoli di liquidità temporanei (da provarsi in modo formale); quando il debitore ha adempiuto a tutti gli obblighi contrattuali prima dell'evento; quando il debitore ha dimostrato una chiara disponibilità a collaborare con l'ente creditizio.²⁵

Invece una misura di lungo termine è praticabile quando l'intermediario sia in grado di dimostrare che il cliente è realisticamente in grado di affrontarla da un punto di vista economico. Non vi è dunque, come nel caso della misura a breve termine, la necessità di provare l'integrale rimborso dell'obbligazione.²⁶

La concessione di una misura, e dunque la classificazione della relazione come *forborne*, non comporta necessariamente che la medesima venga classificata come N.P.E. Se la posizione era considerata come *performing* deve eseguirsi un *assessment* per verificare se sia necessario riclassificarla come non *performing*. Viceversa una esposizione deteriorata oggetto di misura di concessione dovrebbe permanere tale almeno per un anno e, la riclassificazione dovrebbe ovviamente avvenire sulla base di una analisi finanziaria al fine di stabilire l'assenza di criticità riguardanti la capacità del debitore di rimborsare le obbligazioni creditizie.

4. E' in questo contesto che si colloca la direttiva 2019\1023 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed

²⁵ Le classiche misure di *short term* sono il pagamento dei soli interessi, la riduzione delle rate originariamente previste dal piano di ammortamento, il riconoscimento di un *grace period*, la moratoria nei pagamenti, il pagamento degli arretrati comprensivo degli interessi con il residuo capitale secondo un nuovo piano di termini.

²⁶ Le classiche misure di lungo termine sono la diminuzione permanente del tasso di interesse, la proroga del termine di scadenza con aumento di rate, l'acquisizione di ulteriori garanzie, la revisione delle scadenze di pagamento, la variazione della divisa, la variazione dei *convenants*, il rifinanziamento, parziale o totale, la rinuncia al credito.

esdebitazione. Come rilevato da tutti i commentatori, (ed anche nel parere della B.C.E. del 7 giugno 2017, formulato rispetto alla proposta di direttiva), la direttiva non ha per obiettivo una disciplina globale delle imprese in crisi, né l'armonizzazione del diritto fallimentare nell'Unione, né di alcuni elementi essenziali dell'insolvenza come le condizioni per l'avvio delle procedure di insolvenza, la stessa definizione di insolvenza, le azioni revocatorie. Ha invece l'obiettivo di fornire alcuni indirizzi generali per realizzare, negli Stati membri, "un contesto normativo favorevole al recupero delle imprese in crisi e garante dei diritti sia dei creditori che dei debitori"²⁷. E', in questo senso, una normativa sulla pre-insolvenza e sulla ristrutturazione anticipata, finalizzata, appunto, al recupero di una impresa prima che la situazione sia così deteriorata da necessitare l'accesso alle procedure concorsuali.²⁸

Questi obiettivi, chiari ma ristretti, per vero, producono una prima asimmetria di partenza rispetto al quadro regolatorio degli intermediari creditizi.

La disciplina sui crediti, sulle ristrutturazioni, ed in generale sulla crisi dell'impresa e sulla relazione creditizia di questa con l'intermediario, è oggetto di regolazione di dettaglio, con normativa uniforme a livello europeo per quanto concerne il trattamento prudenziale e gestionale. Rispetto all'impatto del rischio sui requisiti di capitale gli standard sono posti addirittura a livello sovraeuropeo, con le regole approvate dal Comitato di Basilea.

Dunque per un lato vi è un sistema uniforme di regole, parametri e modelli organizzativi che impongono all'intero sistema creditizio uniformità di valutazioni e comportamenti rispetto alla situazione di crisi dell'impresa. Dall'altro lato invece vi sono differenti diritti concorsuali nei vari Stati europei, con regole diverse sia sull'insolvenza sia sui meccanismi che

²⁷ Cfr. sul punto S. Pacchi, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, in, *Riv. dir. Fall.* 2019, I, pag. 1259 ss.

²⁸ Per una panoramica sulla Direttiva, L. Panzani, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in www.ilcaso.it, 11 settembre 2017, 1 ss, L. Stanghellini, *La proposta di direttiva U.E. in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, 873 ss

possano permettere al debitore di superare la crisi . Tali regole diverse, producono, tra l'altro, anche tempistiche differenti sia nella gestione della crisi sia nel recupero delle garanzie.

Inoltre se tra gli obiettivi assunti dal Consiglio di Europeo – e poi declinati dalla Commissione- vi era quello di creare un mercato transfrontaliero di N.P.E., un' armonizzazione non solo di principi ma anche di regole in tema di insolvenza e di procedure di ristrutturazione sarebbe presumibilmente necessario. E' noto infatti che può crearsi un mercato allorquando i beni siano omogenei e correttamente valutabili, e solo questo consente un allineamento di prezzo tra domanda ed offerta, mentre la differenza di regole inserisce variabili di rischio difficilmente calcolabili che rendono poco efficiente il mercato, con il risultato, il più delle volte, di ridurre eccessivamente il prezzo di cessione degli N.P.E. a solo vantaggio degli acquirenti.²⁹

Vale la pena, anche in questo caso, riportare un passaggio del parere della B.C.E. sulla proposta di direttiva: *“procedure di insolvenza prevedibili rafforzano le operazioni transfrontaliere sui mercati dei capitali, mentre procedure di insolvenza imprevedibili, in particolare in un contesto transfrontaliero, costituiscono un ostacolo significativo a un ulteriore integrazione del mercato dei capitali. Analogamente, in un contesto caratterizzato da livelli elevati di crediti deteriorati attualmente gravanti sui bilanci delle banche europee, la prevedibilità e la trasparenza di tali processi potrebbe contribuire a rafforzare mercati del debito in difficoltà nell'Unione, che al momento sono maggiormente concentrati in ambito domestico.”*³⁰

Per questa ragione, e, pur essendo evidente quanto sia complessa una riforma organica a livello europeo del diritto dell'insolvenza, sarebbe necessario *“un intervento più ambizioso per gettare le basi di una sostanziale armonizzazione*

²⁹ Cfr. A. Malinconico, A Di Cerbo, *La cessione dei NPL: ostacoli e proposte per lo sviluppo del mercato europeo*, IPE working paper, cit., 10

³⁰ Si veda Banca Centrale Europea, *Parere 7 giugno 2017 su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012\30\UE*; in G.U. Unione Europea, 21.7.2017.

del diritto fallimentare degli Stati membri, assicurando così, nel lungo periodo, una più estesa armonizzazione e contribuendo al buon funzionamento dell'Unione dei mercati di capitali”.

A parte questo profilo, la esistenza di una normativa completamente armonizzata ed unitaria in ambito creditizio, rispetto ad una normativa differente e non coordinata nell'ambito delle procedure di insolvenza, può ingenerare momenti di frizione tra i due modelli.

Si pensi, solo per esemplificare, al requisito della trasparenza del debitore, che è considerato, dagli “Orientamenti “ dell'A.B.E. il presupposto per una misura di *forbearance* di breve termine (normalmente le prime che vengono assunte in presenza di una crisi finanziaria temporanea) e a tutto il sistema di allerta preventivo di cui si stanno dotando le banche attraverso meccanismi di rilevazione interni, rispetto all'opposto principio della segretezza che regola invece il sistema di allerta nel codice della crisi italiano. Può verificarsi una asimmetria di principi che rischia di creare un conflitto tra il debitore e il suo creditore principale.

Inoltre, problemi analoghi e molto rilevanti possono sussistere in relazione all'impatto della direttiva sui requisiti di capitale delle banche, rispetto ai quali, non casualmente, la BCE consiglia un “*esame maggiormente articolato della relazione giuridica tra la proposta di direttiva e le disposizioni chiave della normativa dell'Unione in campo finanziario*” anche ed allo scopo di evitare “*potenziali conseguenze indesiderate*”.³¹

5. Uno dei punti maggiormente problematici circa il coordinamento tra la normativa di settore in materia di credito e la direttiva consiste, infatti, nei possibili effetti, ai fini prudenziali, dell'attivazione dell'allerta precoce.

³¹ Al proposito il parere fa espresso riferimento “*alle attività costituite in pegno per i crediti vantati dal creditore, anche dal punto di vista del loro possibile impatto sui requisiti patrimoniali regolamentari e in particolare dal punto di vista delle tecniche di attenuazione del rischio ai sensi del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento e del Consiglio.*” Cfr. il Parere citato alla nota precedente, punto 1.7

Come abbiamo sopra precisato, ormai la definizione armonizzata di N.P.E. comprende anche gli inadempimenti probabili (U.T.P.) che sembrano tuttavia coincidere con le situazioni che danno accesso alla ristrutturazione di cui alla direttiva. Nondimeno gli UTP, da un punto di vista del trattamento prudenziale, sono considerati come N.P.E., e pertanto ad essi si applica il *Calendar provisioning* della B.C.E. al pari degli altri N.P.E. Dunque tali crediti producono rilevanti assorbimenti di capitale di primo pilastro e ipoteticamente misure di vigilanza di secondo pilastro.

Ora, in presenza di elevati quantitativi di U.T.P. la banca – anche sulla base degli indirizzi dell'ABE e della stessa BCE - dovrà predisporre un piano di alleggerimento, finalizzato ad una *derecognition* di tali rapporti, sia cedendoli a terzi sia apportando masse omogenee di tali crediti ad un fondo. In questo secondo caso insieme ad altre banche e assumendo quote del medesimo fondo (evidentemente non di controllo) senza poteri di indirizzo e influenza sulla S.G.R. né criteri di aggiustamento prezzo collegato al rischio di credito (allo scopo appunto di poter eliminare dal bilancio il credito dubbio in questione). Come conseguenza, tuttavia, il creditore principale cesserebbe di essere la banca –interlocutore tradizionale dei processi di ristrutturazione aziendali- per divenire la SGR titolare del fondo (o più presumibilmente la *management company* incaricata di gestire la massa dei crediti) o il terzo acquirente.³²

³² Si veda sul punto F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, cit., pag. 34 e 37 dove si individua la possibilità della costituzione di FIA (Fondo d'investimento alternativo) di crediti deteriorati ad apporto di masse non *performing* detenute dalle banche. L'apporto al fondo produce la *derecognition* delle masse creditizie apportate in presenza di necessari requisiti di non controllo e di sostanziale trasferimento di tutti i rischi della attività finanziarie. Inoltre, come ancora rilevato da F. Capriglione, cit., pag. 41, nel caso di cessione a fondi di crediti UTP non sussistono impedimenti per il debitore a conservare o riattivare rapporti con la banca cedente. “Tale convincimento si fonda sulla considerazione che l'intervenuta cessione pro soluto attua la cancellazione di un debito che è stato considerato di dubbia esigibilità (l'inadempienza probabile) sulla base di un giudizio che non è necessariamente basato su un sintomo esplicito di anomalia. Ne consegue che laddove non sussistano elementi che implicano una situazione di rischio di inadempimento del debitore, si ritiene che la banca, a seguito della cessione del credito, può riclassificare il cliente in precedenza valutato come probabile inadempiente, e dunque, intrattenere con quest'ultimo regolari rapporti di affari”. Sul tema cfr. anche V. Lemma, *I fondi di NPL e UTP. Verso una*

E' pertanto importante analizzare se la procedura di allerta e il processo di ristrutturazione preventivo disciplinato dalla direttiva 2019\1023 comportano, per quanto concerne il versante bancario, la classificazione del rapporto come U.T.P.

E' opportuno premettere che l'obbiettivo della direttiva è, come logico, l'opposto. Come rilevato dal terzo considerando della medesima direttiva "*la disponibilità di quadri efficaci di ristrutturazione preventiva garantirebbe di poter intervenire prima che le società non siano in grado di rimborsare i prestiti, contribuendo in tal modo a ridurre il rischio di un deterioramento di questi ultimi nei periodi di congiuntura sfavorevole, nonché ad attenuare l'impatto negativo sul settore finanziario*". Non v'è dubbio, pertanto, che tra gli obbiettivi prioritari della direttiva vi sia proprio la riduzione dei crediti deteriorati, migliorando l'impatto negativo di questi sul settore finanziario.

E tuttavia la questione non è semplice, poiché la carenza di un coordinamento normativo tra l'ordinamento di settore creditizio e la direttiva sui quadri di ristrutturazione preventiva, ha prodotto come conseguenza che la qualificazione di un credito come di U.T.P, cioè di probabilità di insolvenza, sia molto simile a quella delineata dalla direttiva. Secondo quest'ultima, infatti, per accedere ad un procedimento di ristrutturazione, l'imprenditore deve versare in uno stato di probabile insolvenza – specificata sostanzialmente come difficoltà finanziaria transitoria- con esclusione pertanto di quelle imprese che si trovino in difficoltà strutturali di tipo economico o industriale.

In entrambi i casi, cioè, (ordinamento del credito e normativa sulle imprese) la qualificazione di probabile insolvenza si basa su di un giudizio prognostico relativo principalmente alla sua evitabilità.

Il processo di ristrutturazione, poi, può consentire sia modificazioni delle attività ma anche delle passività (cioè rispetto ai crediti bancari misure di concessione o *forbearance*) che, come abbiamo visto, sono regolate in dettaglio dagli Orientamenti dell'A.B.E. anche determinandone gli effetti sul piano della qualificazione del credito (come *performing* o

gestione collettiva dei crediti deteriorati? in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019, 164

N.P.E.). Vi è poi il possibile blocco delle azioni esecutive che, a sua volta, può avere influenza sul sistema delle garanzie e dunque sugli assorbimenti patrimoniali dell'intermediario creditizio (come peraltro espressamente rilevato nel parere della B.C.E.).³³ E si può anche ritenere che non sia un caso che la direttiva, se vogliamo atipicamente come rilevato da alcuni commentatori, consenta la sospensione delle azioni esecutive non "in blocco" ma solo relativamente ad alcuni creditori coinvolti nella negoziazione.³⁴ Una possibile spiegazione di questa possibilità può essere proprio quella di evitare gli impatti negativi di una sospensione generale delle azioni di tutti i creditori, sul capitale di vigilanza delle banche.

E' dunque opportuno tornare ai criteri di qualificazione di un credito come di U.T.P., per effettuare un coordinamento utile a che la direttiva produca effetti –si auspica– positivi sul sistema delle imprese, ma allo stesso tempo non negativi nel patrimonio di vigilanza degli intermediari creditizi.

Come si è detto la categoria delle inadempienze probabili si basa sul giudizio della banca circa l'improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente, in linea capitale e/o interessi alle sue obbligazioni creditizie. Non è pertanto rilevante il fatto che vi siano eventuali importi scaduti, poiché ciò che rileva è, in primo luogo, la presenza di elementi circa un rischio di inadempimento del debitore. Si tratta dunque, come si è giustamente osservato, di crediti formalmente integri, ma che presentano un elevato grado di rischio poiché il loro adempimento risulta improbabile anche, ad esempio, sulla base di una crisi del settore in cui opera l'imprenditore.³⁵ Già da questo esempio, per vero, si comprende che la probabilità dell'inadempimento, per quanto concerne la classificazione ai fini prudenziali, pare intrinsecamente legato ad una crisi economica o industriale dell'operatore, laddove si è

³³ Cfr. il già citato Parere della BCE sulla proposta di direttiva, punto 1.7

³⁴ Cfr. S. Pacchi, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019\1023*, cit., 1274, che rileva come la sospensione di azioni solo per alcune categorie di creditori costituisca un istituto sconosciuto, ad esempio, nell'ordinamento giuridico italiano.

³⁵ Cfr. P. Messina, *Unlikely to pay: potenzialità e difficoltà nelle operazioni di mercato*, cit., 194

detto che in contrario la direttiva fa riferimento ad una crisi temporanea di natura finanziaria.³⁶ I presupposti, pertanto, non sono esattamente coincidenti.

Da un punto di vista esemplificativo, poi, la nota circolare Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008, c. d. matrice dei conti (12 aggiornamento 2019) effettua alcune precisazioni. In caso di concordato preventivo in bianco (art. 161 L fallimentare) la circolare precisa espressamente che la relazione deve essere considerata come U.T.P.; egualmente nel caso di concordato con continuità (art. 186 bis L. fallimentare), entrambi dal momento della domanda e fino all'esito della procedura.

Tuttavia i presupposti e anche la funzione della ristrutturazione preventiva, secondo la direttiva, sono differenti rispetto a quelli del concordato. La procedura di allerta è espressamente finalizzata ad evitare l'insolvenza, anche se v'è una situazione di rischio e di probabile inadempimento che tuttavia il processo di ristrutturazione –agendo preventivamente– mira ad evitare. D'altronde il debitore è certamente *in bonis*, non ha ratei insoluti, ed una classificazione come *non performing* in presenza della mera volontà del debitore medesimo di accedere ai quadri di ristrutturazione preventiva proprio al fine di evitare l'insolvenza, rischierebbe di essere arbitraria e di vanificare il fine della riforma. Del resto il procedimento delineato dalla direttiva sull'allerta preventiva è un procedimento essenzialmente stragiudiziale, che può terminare anche senza alcun sacrificio dei creditori: il controllo dell'Autorità giudiziaria è necessario per rendere vincolante l'accordo almeno quando vi siano creditori dissenzienti (e dunque evidentemente un sacrificio dei medesimi), siano previsti nuovi finanziamenti, vi sia una perdita della forza lavoro superiore a 25%.

Inoltre la concessione da parte della banca di misure di forbearance che normalmente sempre accompagnano un piano, abbiamo visto che non necessariamente implicano la classificazione del rapporto come N.P.E., dipendendo tale

³⁶ Cfr. ancora S. Pacchi, *op.ult. cit.*, 1267, che evidenzia come sia la preinsolvenza il presupposto al quale si guarda come fase anticipata per operare la ristrutturazione, fondata sulle difficoltà finanziarie, “escludendo dall'accesso alle procedure preventive le imprese che versino in difficoltà economiche o di tipo industriale.”

classificazione da una ulteriore valutazione da parte dell'intermediario sulle caratteristiche dell'esposizione.

Va infine rilevato che la definizione di U.T.P. si basa non solo sulla probabilità di inadempimento, ma anche sulla necessaria escussione delle garanzie. Come a dire che la sintesi del giudizio prognostico deve comprendere ad un tempo i due elementi del probabile inadempimento e della necessaria escussione delle garanzie e l'uno senza l'altro non esaurisce la valutazione.

In definitiva, sembra ragionevole ritenere che l'apertura della procedura non implichi necessariamente la classificazione del rapporto come U.T.P. , cosa sempre possibile evidentemente in presenza di un probabile rischio di inadempimento e implichi invece una valutazione della relazione da effettuare caso per caso, anche in relazione allo sviluppo del processo di ristrutturazione.