

**CORTE COSTITUZIONALE**

SERVIZIO STUDI

**Area di diritto comparato**

**LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI  
TEMPORANEI DELLE BANCHE**

*a cura di P. Passaglia*

*con contributi di*

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M. T. Rörig

C. Torrisi

settembre 2021

### **Avvertenza**

*La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.*

*La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).*

*Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: [servstudi@cortecostituzionale.it](mailto:servstudi@cortecostituzionale.it).*

**LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI  
TEMPORANEI DELLE BANCHE**



## INDICE

### FRANCIA

<b>1. Premessa</b> .....	<b>7</b>
<b>2. La disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche (cenni)</b> .....	<b>9</b>
2.1. La disciplina dei cc.dd. <i>administrateurs provisoires</i> .....	9
2.2. La disciplina dei cc.dd. <i>administrateurs temporaires</i> .....	10
2.3. Il necessario rispetto del contraddittorio durante la procedura di nomina dei commissari straordinari .....	11
<b>3. Il contenzioso relativo all'amministrazione straordinaria delle banche</b> .....	<b>12</b>
3.1. Il contenzioso relativo alla nomina dei commissari straordinari .....	12
3.2. Il (limitato) contenzioso relativo all'operato dei commissari straordinari .....	13
3.3. Il contenzioso relativo alla responsabilità dell'Autorità di vigilanza .....	14

### GERMANIA

<b>1. Introduzione</b> .....	<b>17</b>
<b>2. La responsabilità dell'amministratore temporaneo</b> .....	<b>17</b>
<b>3. Le ipotesi di responsabilità dell'autorità di vigilanza</b> .....	<b>23</b>
3.1. La responsabilità dei commissari speciali e degli amministratori temporanei .....	25
3.2. L'azione di rivalsa dell'autorità contro i responsabili .....	27
3.3. La responsabilità propria dell'autorità di vigilanza .....	28
<b>4. Aspetti processuali</b> .....	<b>29</b>

### REGNO UNITO

<b>1. Introduzione</b> .....	<b>31</b>
<b>2. Il sistema di regolamentazione finanziaria</b> .....	<b>31</b>

<b>3. La nomina degli amministratori nello Special Resolution Regime .....</b>	<b>32</b>
3.1. La <i>bank administration</i> .....	33
3.2. L'amministratore nelle <i>stabilisation options</i> .....	35
3.4. Il <i>bail-in administrator</i> .....	38
<b>4. Le banche di investimento .....</b>	<b>39</b>

## SPAGNA

<b>1. Introduzione .....</b>	<b>41</b>
<b>2. L'administración provisional nella legge n. 10/2014 sull'ordinamento, la supervisione e la solvibilità degli enti di credito .....</b>	<b>42</b>
2.1. Il regime giuridico della nomina .....	42
2.2. Le azioni di responsabilità nei confronti degli <i>administradores provisionales</i> .....	44
<b>3. L'administración provisional nella legge n. 11/2015 sul recupero e sulla risoluzione degli enti di credito e di imprese di servizi di investimento .....</b>	<b>46</b>
3.1. La sostituzione degli amministratori nell'ambito dell'intervento precoce	46
3.2. La sostituzione degli amministratori in fase di risoluzione .....	47
3.3. Le specialità riguardanti i ricorsi avverso le decisioni e gli atti emanati nei procedimenti di intervento precoce e di risoluzione .....	48
<b>4. Cenni sulla responsabilità patrimoniale delle autorità di supervisione .....</b>	<b>51</b>

# FRANCIA

di Céline Torrisi

## 1. Premessa

Nell'ordinamento francese, l'organo di vigilanza sull'attività bancaria (e assicurativa), la c.d. *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* (d'ora in avanti, ACPR), è un'autorità pubblica indipendente, presieduta dal governatore della *Banque de France*, presso la quale è collocata e dalla quale riceve le risorse umane e materiali per il suo funzionamento<sup>1</sup>.

Disciplinata agli artt. da L. 612-1 a L. 612-50 del Codice monetario e finanziario (d'ora in avanti, CMF)<sup>2</sup>, l'ACPR ha come precipuo compito quello di vigilare sull'elaborazione e sull'attuazione delle misure di prevenzione e di risoluzione delle crisi bancarie. A tal fine, il legislatore gli ha riconosciuto una autonomia finanziaria (art. L. 612-18) e una struttura composta da tre organi decisionali: il *collège de supervision*, il *collège de résolution* e la *commission des sanctions* (art. L. 612-4). In ambito preventivo, spetta al *collège de supervision* adottare le misure di polizia amministrativa previste dagli artt. da 612-30 a 612-37 del CMF, tra le quali figurano la sospensione degli organi amministrativi e la nomina di commissari straordinari, denominati *administrateurs provisoires* (art. L. 612-34) o *administrateurs temporaires* (art. L. 612-34-1).

L'attuazione della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche (v. par. 2) non è, però, avvenuta molto frequentemente. Dalle relazioni annuali dell'ACPR si evidenziano, dal 2011, poco più di dieci casi di nomina di amministratori provvisori o temporanei, la maggior parte dei quali incaricati prima del 2015<sup>3</sup>. Di conseguenza, è piuttosto scarna la casistica riguardante le azioni civili che abbiano coinvolto la responsabilità di detti amministratori. Tale situazione si rispecchia, altresì, nella produzione dottrinale, focalizzata non tanto

---

<sup>1</sup> Per ulteriori informazioni in merito all'organizzazione e al funzionamento dell'ACPR, si rinvia al sito *internet* di detta autorità, <https://acpr.banque-france.fr/>.

<sup>2</sup> La normativa è reperibile *on line* alla pagina [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006072026/LEGISCTA000006154718/#LEGISCTA000027854161](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072026/LEGISCTA000006154718/#LEGISCTA000027854161).

<sup>3</sup> Tali relazioni sono reperibili sul sito *internet* dell'ACPR alla pagina <https://acpr.banque-france.fr/liste-chronologique/rapport-annuel-de-lacpr?year=2021>.

sul contenzioso relativo all'azione dei commissari straordinari<sup>4</sup> quanto, piuttosto, sulla questione della responsabilità dello Stato per la condotta dell'ACPR, o delle altre autorità di vigilanza, nell'espletamento delle loro funzioni<sup>5</sup> (v. par. 3).

La limitatezza delle informazioni rinvenibili in merito alla specifica questione della responsabilità dei commissari straordinari e alla procedibilità del vaglio del loro operato trova spiegazione anche nel fatto che, nel recepire la direttiva n. 2014/59/UE (c.d. *Bank Recovery and Resolution Directive* – BRRD), mediante l'*ordonnance* n. 2015-1024 del 20 agosto 2015, recante diverse disposizioni di adattamento della legislazione al diritto dell'Unione europea in materia finanziaria<sup>6</sup>, il legislatore non ha introdotto disposizioni atte a limitare la responsabilità degli amministratori temporanei, come previsto al par. 9 dell'art. 29 della direttiva.

La disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche non prevede alcun tipo di meccanismo autorizzativo per il caso si intenda promuovere azioni civili nei confronti dei commissari straordinari e non sono state rinvenute previsioni di questo genere nelle norme relative all'*Autorité des marchés financiers* (artt. L. 621-1 a L. 621-35 del CMF) e al *Conseil de la concurrence* (artt. L. 461-1 a L. 464-10 del Codice del commercio).

---

<sup>4</sup> Non è stato rinvenuto alcun articolo di dottrina in merito a tale argomento né si sono rintracciati elementi rilevanti nelle monografie consultate, tra le quali M. CRESPIY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Dalloz, aprile 2017, 915 ss., consultabile a partire dal sito *intranet* della Corte costituzionale alla pagina [DALLOZBibliothèque \(daloz-bibliothèque.fr\)](http://DALLOZBibliothèque(dalloz-bibliothèque.fr)); P. NEAU-LEDUC – C. NEAU-LEDUC – A. PÉRIN-DUREAU, *Droit bancaire*, Dalloz, 6° ed., ottobre 2018, 115 ss.; J. LASSERRE CAPDEVILLE (dir.), *Droit bancaire*, Précis, Dalloz, 2° ed., agosto 2019, 215 ss., [DALLOZBibliothèque \(daloz-bibliothèque.fr\)](http://DALLOZBibliothèque(dalloz-bibliothèque.fr)); O. DEXANT-DE-BAILLIENCOURT – B. LAPÉROU-SCHNEIDER (dir.), *Les responsabilités du dirigeant de société*, Dalloz, marzo 2018, 200, [DALLOZBibliothèque \(daloz-bibliothèque.fr\)](http://DALLOZBibliothèque(dalloz-bibliothèque.fr)).

<sup>5</sup> V., ad esempio, B. DELAUNAY, *Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 2, 1° marzo 2014, 276 ss., reperibile *on line* dal sito *intranet* della Corte alla pagina <https://www.labase-lextenso.fr/revue-du-droit-public/RDP2014-2-003?em=Autorit%C3%A9s%20de%20r%C3%A9gulation%20et%20responsabilit%C3%A9%20de%20la%20puissance%20publique>, o CONSEIL D'ETAT, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, 13 ottobre 2016, reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-autorites-de-regulation-economique>.

<sup>6</sup> Tale disciplina è stata completata con quattro *arrêtés* dell'11 settembre 2015 e con il decreto n. 2015-1160 del 17 settembre 2015 recante varie disposizioni di adattamento al diritto dell'Unione europea in materia finanziaria.



Pertanto, nel caso francese, i commissari straordinari nominati dall'ACPR, sono sottoposti al regime di responsabilità ordinario senza ulteriori condizioni di procedibilità.

## **2. La disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche (cenni)**

Nel caso in cui constati che un operatore sottoposto alla sua vigilanza metta in atto pratiche lesive degli interessi dei clienti, degli assicurati, dei soci o dei beneficiari, l'ACPR può, dopo avere ascoltato le ragioni dell'interessato, diffidarlo dal proseguire tali condotte nella misura in cui esse violino le regole di buona pratica della professione in questione. Tra gli strumenti a propria disposizione, l'ACPR può adottare, anche nei confronti dell'ente, misure di polizia amministrativa, disciplinate agli artt. L. 612-30 ss. del CMF, tra le quali la possibilità di nominare un amministratore con atto d'autorità. In particolare, l'ACPR può, a seconda dei casi, conferire l'incarico a un c.d. *administrateur provisoire* (art. L. 612-34 CMF) o a un c.d. *administrateur temporaire* (art. L. 612-34-1 CMF)<sup>7</sup>.

### **2.1. La disciplina dei cc.dd. *administrateurs provisoires***

L'art. L. 612-34 del CMF stabilisce che l'ACPR può nominare un *administrateur provisoire* al quale sono conferiti tutte le funzioni e tutti i poteri spettanti all'organo di amministrazione della banca e/o della persona giuridica, quali quelli di amministrazione, di direzione e di rappresentanza. La remunerazione dell'amministratore provvisorio è determinata dall'ACPR ed è posta a carico dell'ente presso il quale viene incaricato. Tale nomina può intervenire in seguito a una richiesta sollevata da parte degli stessi dirigenti qualora valutino di non essere più in grado di esercitare le loro funzioni, ovvero su iniziativa della stessa ACPR, quando constati che la gestione dell'ente non possa più essere garantita in condizioni normali o nel caso in cui uno o più dirigenti siano stati estromessi.

Nel 2012, la *chambre criminelle* della *Cour de cassation* era stata adita in merito a una questione prioritaria di costituzionalità riguardante l'art. L. 612-34 del CMF. Nel caso di specie, i ricorrenti sostenevano la violazione, da parte di tale

---

<sup>7</sup> Nell'ambito di una procedura di risoluzione, l'Autorità ha invece la possibilità di nominare un c.d. *administrateur spécial* (artt. L. 613-51-1 ss. del CMF).

articolo, degli artt. 2 e 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 nonché del principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica sul diritto di difesa, in quanto non avrebbe rispettato il principio di proporzionalità che devono rispettare tutte le misure restrittive o coercitive. Con la decisione n. 11-90.106 del 4 gennaio 2012<sup>8</sup>, la *Cour de cassation* ha rifiutato di rinviare la questione al *Conseil constitutionnel* in quanto priva di fondamento. La Suprema corte ha infatti considerato, *in primis*, che la norma impugnata disciplina le condizioni di nomina dell'amministratore provvisorio, procedura che avviene sotto il controllo del *Conseil d'Etat* il quale ne garantisce la legittimità. La *Cour de cassation* ha poi ricordato che l'art. R. 612-33 del CMF consente all'*Autorité de contrôle prudentiel* di riesaminare, entro un termine congruo, l'attività dell'amministratore provvisorio, nonché il rispetto da parte di quest'ultimo degli obiettivi prudenziali definiti all'inizio del suo incarico. Infine, la Corte ha evidenziato che, in caso di ricorso avverso l'attività di detto amministratore, questi è sottoposto, in qualità di dirigente della società, al controllo del giudice ordinario, affinché vengano tutelati gli interessi dell'impresa e i diritti dei soci, degli azionisti e delle assemblee.

## 2.2. La disciplina dei cc.dd. *administrateurs temporaires*

La procedura di amministrazione temporanea di cui all'art. 29 della direttiva n. 2014/59/UE è stata recepita, nell'ordinamento interno, all'art. L. 612-34-1 del CMF il quale stabilisce che, qualora le misure conservative contemplate all'art. L. 612-33<sup>9</sup> del CMF non siano sufficienti per ripristinare la situazione finanziaria dell'ente sottoposto al suo controllo, l'ACPR può nominare uno o più amministratori temporanei, per assistere o sostituire i dirigenti dell'ente.

L'ACPR può nominare sia una persona fisica sia una persona giuridica in qualità di amministratore temporaneo. Ha, altresì, la possibilità di avvalersi di un soggetto iscritto nella lista degli amministratori giudiziari, prevista agli artt. L. 811-2 e L. 812-2 del Codice del commercio<sup>10</sup>. Quando un amministratore

---

<sup>8</sup> La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025119372/>.

<sup>9</sup> L'art. è reperibile *on line* alla pagina [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000043707050](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043707050).

<sup>10</sup> V. sul tema H. BOURBOULOUX – R. DU PLANTIER, *De nouvelles missions pour les administrateurs et les mandataires judiciaires: l'administration spéciale, temporaire ou provisoire des entreprises financières*, in *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n. 1, 1° gennaio 2016, 61, consultabile *on line* dal sito *intranet* della Corte costituzionale alla pagina <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE112y3>.

temporaneo è nominato per assistere i dirigenti dell'ente, il mandato ne determina i poteri, che possono contemplare anche quello di nomina di altri dirigenti temporanei. L'ACPR definisce i casi in cui l'*administrateur temporaire* ha l'obbligo di consultare l'autorità per ottenere il suo assenso (ad esempio, per la convocazione di una assemblea generale). La durata del mandato dell'amministratore temporaneo non può eccedere un anno e può essere prolungata solo a titolo eccezionale. L'ACPR può in ogni momento porre termine all'incarico.

Il legislatore non ha, tuttavia, attuato il par. 9 dell'art. 29 della direttiva n. 2014/59/UE che riconosce agli Stati membri la possibilità di limitare la responsabilità degli amministratori temporanei relativamente ad atti e omissioni nell'esercizio del loro mandato.

### **2.3. Il necessario rispetto del contraddittorio durante la procedura di nomina dei commissari straordinari**

L'art. L. 612-35 del CMF prevede che l'ACPR debba adottare le misure di nomina degli amministratori straordinari nell'ambito di un procedimento in contraddittorio. In particolare, l'art. R. 612-34 stabilisce che, quando il collegio di supervisione intende nominare un amministratore provvisorio, deve informare l'ente o le persone coinvolte, relativamente alle misure che intende attuare nonché ai motivi di tale decisione. Ha l'obbligo, inoltre, di convocare il rappresentante legale dell'ente affinché venga sentito dal *Collège de supervision*. Tale convocazione deve essere notificata entro cinque giorni dalla data di riunione del Collegio e deve specificare il termine, non inferiore a cinque giorni, di cui dispone il chiamato per presentare le proprie osservazioni. Questi può anche essere assistito o rappresentato da persone di propria scelta.

Qualora circostanze urgenti lo giustifichino, l'ACPR può, a titolo provvisorio, ordinare la nomina di detti amministratori senza le suddette formalità. Una procedura successiva, sempre in contraddittorio, sarà avviata al fine di annullare, modificare o confermare la misura adottata in urgenza.

### 3. Il contenzioso relativo all'amministrazione straordinaria delle banche

#### 3.1. Il contenzioso relativo alla nomina dei commissari straordinari

Competente, in applicazione del par. 4 dell'art. 311-1 del Codice di giustizia amministrativa, per conoscere del contenzioso relativo alle decisioni adottate dagli organi delle autorità di vigilanza<sup>11</sup>, il *Conseil d'État* è stato chiamato più volte a pronunciarsi in merito alle decisioni di nomina di un amministratore provvisorio da parte dell'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*<sup>12</sup>.

Di recente, la Suprema corte amministrativa era stata adita nell'ambito di un ricorso per eccesso di potere avverso la decisione di rifiuto, da parte dell'ACPR, di nominare un amministratore provvisorio, come richiesto dai dirigenti della società ricorrente. Con la decisione n. 438669 del 25 marzo 2021, *Société Interhold*<sup>13</sup>, il *Conseil d'État* ha considerato che il rifiuto di sottoporre la società ricorrente ad amministrazione straordinaria costituiva una decisione amministrativa suscettibile di essere impugnata nell'ambito di un ricorso per eccesso di potere, specificando, però, che tale decisione non era sottoposta all'obbligo di motivazione. Il giudice amministrativo ha poi considerato che, nella misura in cui i dirigenti della banca non erano stati sottoposti a misure di sospensione e che non sussisteva una situazione di blocco degli organi di *governance*, né tantomeno difficoltà finanziarie la cui gravità sarebbe stata tale da compromettere la tutela della stabilità del sistema finanziario e dei clienti, il rifiuto dell'ACPR non costituiva un c.d. *erreur manifeste d'appréciation*. Il ricorso è stato, quindi, respinto.

---

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul tema, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, 13 ottobre 2016, reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-autorites-de-regulation-economique>.

<sup>12</sup> V. ad esempio, *Conseil d'État*, 6° e 1° sottosezione riunite, dec. n. 316220, del 22 ottobre 2010, reperibile alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022952097> e *Conseil d'État*, 9° e 10° sottosezione riunite, dec. n. 335442, del 12 aprile 2012, reperibile alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000025685542>.

<sup>13</sup> La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>.

### 3.2. Il (limitato) contenzioso relativo all'operato dei commissari straordinari

Nel 2005, il *Tribunal des conflits* era stato adito per stabilire chi, tra il giudice amministrativo e quello civile, fosse competente per conoscere della legittimità degli atti adottati dagli amministratori provvisori<sup>14</sup>. Il prefetto competente aveva adito detta giurisdizione per far dichiarare l'incompetenza del *tribunal judiciaire*. A parere dell'autorità amministrativa, visto che gli amministratori avevano agito su mandato della c.d. *Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance*<sup>15</sup>, le loro decisioni, approvate da tale autorità pubblica, dovevano essere impugnate dinanzi alla giurisdizione amministrativa. Nella decisione n. C3482 del 12 dicembre 2005<sup>16</sup>, il *Tribunal des conflits* ha rilevato che la commissione di controllo delle assicurazioni aveva come unica competenza quella di nominare gli amministratori, i quali non esercitavano poi la loro attività in nome e per conto dell'autorità di nomina. Ha, quindi, stabilito, che le azioni sollevate contro l'operato degli amministratori provvisori erano di competenza del giudice civile<sup>17</sup>.

Malgrado le modifiche intervenute in merito alla disciplina dell'amministrazione provvisoria delle banche, l'attuale disciplina non contempla alcuna disposizione sulla responsabilità dei commissari in relazione al loro operato o alle condizioni richieste per poter intentare un'azione civile nei loro confronti. In tale situazione, l'amministratore provvisorio o temporaneo nominato dall'ACPR nell'ambito di un'azione preventiva è, quindi, sottoposto all'ordinario

---

<sup>14</sup> Nel caso di specie, si trattava di commissari straordinari nominati presso la *Mutuelle nationale des étudiants de France*, un ente assicurativo.

<sup>15</sup> Tale commissione è stata istituita con la legge n. 2003-706 del 1° agosto 2003, c.d. legge sulla sicurezza finanziaria. Nel 2005, è stata rinominata *Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles* (ACAM) con la legge n. 2005-1564 del 15 dicembre 2005. Tale autorità pubblica indipendente aveva come compito quello di vigilare sul mercato assicurativo francese. Nel 2010, le sue missioni sono state devolute all'*Autorité de contrôle prudentiel*, istituita con l'*ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010 sulla fusione delle autorità di vigilanza sulle banche e sulle assicurazioni. Per ulteriori informazioni v. <https://acpr.banque-france.fr/lacpr/presentation/historique-de-lacpr>.

<sup>16</sup> La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007608928/>.

<sup>17</sup> Nella decisione del 30 marzo 1982, il tribunale di Pau aveva già stabilito la competenza del *juge judiciaire*, e non di quello amministrativo, per giudicare di eventuali ricorsi sollevati avverso l'attività degli amministratori provvisori nominati dall'allora Commissione di controllo sulle banche. V. *Code monétaire et financier annoté*, Dalloz, 2021, 1641, versione digitale consultabile dal sito *intranet* della Corte costituzionale alla pagina <https://dallozbndpro-pvgpsla5.dalloz-bibliotheque.fr/fr/pvPageH5B.asp?puc=005347&nu=378&pa=1#1694>.

regime di responsabilità civile previsto dagli artt. 225-249 a 225-257 del Codice del commercio<sup>18</sup>. In caso di danno risultante dalla cattiva gestione dell'amministratore, gli azionisti possono, altresì, promuovere un'azione che coinvolga la sua c.d. *responsabilité civile délictuelle*, ex artt. 1240 ss. del Codice civile<sup>19</sup>, mentre, in caso di reato, la responsabilità penale dell'amministratore sarà ovviamente personale.

### **3.3. Il contenzioso relativo alla responsabilità dell'Autorità di vigilanza**

Più frequenti sono, invece, le azioni sollevate dinanzi al giudice amministrativo volte a far valere la responsabilità delle autorità di vigilanza economica e, quindi, dello Stato, in ragione dei danni verificatisi sulla base di un loro intervento o, al contrario, sulla base della loro inazione. La giurisdizione amministrativa è, in effetti, competente a conoscere delle azioni di risarcimento dei danni che mettano in causa il funzionamento dei servizi pubblici, anche quando il legislatore ha attribuito al giudice civile parte del contenzioso delle decisioni di dette autorità, come, ad esempio, per alcune sanzioni erogate dall'Autorità dei mercati finanziari<sup>20</sup>.

Al riguardo, le attività di vigilanza economica e finanziaria costituiscono uno degli ambiti nei quali è richiesta una colpa grave per poter impegnare la responsabilità dell'autorità amministrativa. I clienti di un ente bancario o finanziario in liquidazione possono chiedere all'autorità di vigilanza il risarcimento dei danni risultante dalla negligenza nell'esercizio della sua missione di sorveglianza solo quando si ravvisi una colpa grave. Questo accade in particolare in caso di negligenze da parte della commissione delle operazioni in

---

<sup>18</sup> Tali disposizioni sono consultabili *on line* alla pagina [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006161278/#LEGISCTA000006161278](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006161278/#LEGISCTA000006161278).

<sup>19</sup> Tali articoli sono consultabili *on line* alla pagina [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA0000032021486/#LEGISCTA0000032021486](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA0000032021486/#LEGISCTA0000032021486).

<sup>20</sup> *Tribunal des conflits*, dec. del 2 maggio 2011, n. 3766, *Société Europe Finance et Industrie*, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000025147577>

borsa<sup>21</sup> o di carenze nell'esercizio della funzione di vigilanza e di controllo degli istituti di credito<sup>22</sup> da parte della commissione bancaria.

Nei casi in cui non vi siano situazioni di illegittimità imputabili all'autorità di vigilanza, il *Conseil d'État* ha considerato che una responsabilità senza attribuzione di colpa possa darsi solo quando l'intervento degli organi preposti sia stato tale da creare un danno anomalo e speciale<sup>23</sup>.

In nessuno di questi casi viene richiesta all'autorità ACPR una autorizzazione per promuovere un'azione giudiziaria, che sia civile, amministrativa, o penale.

---

<sup>21</sup> *Conseil d'État*, dec. n. 18371, del 22 giugno 1984, *Société « Pierre et Cristal » et autres*, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007692666>.

<sup>22</sup> *Conseil d'État, Assemblée*, dec. n. 219562 del 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie c/ K. et autres*, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008024215/>.

<sup>23</sup> In tal senso, v. *Conseil d'État*, dec. n. 211403 del 13 giugno 2001, *Verdure*, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008023188?isSuggest=true>.





# GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

## 1. Introduzione

La direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (c.d. “*Bank Recovery and Resolution Directive*”, BRRD), è stata recepita nell’ordinamento tedesco da una apposita legge di attuazione del 10 dicembre 2014 (BGBl. I, 2091, n. 59), strutturata come una c.d. “legge articolo”. La sua componente più importante è la c.d. legge sul risanamento e sulla risoluzione degli istituti e dei gruppi finanziari (*Recovery and Resolution Act*, SAG)<sup>1</sup>, entrata in vigore il 1° gennaio 2015. La SAG è stata successivamente modificata più volte, da ultimo il 3 giugno 2021 per attuare la direttiva 2020/1504/UE. Inoltre, la legge di recepimento ha introdotto emendamenti alle leggi pre-esistenti, e segnatamente la legge bancaria tedesca (KWG) e la legge sulla riorganizzazione degli istituti di credito (KredReorgG) introdotta dalla legge sulla ristrutturazione (RStruktG).

## 2. La responsabilità dell’amministratore temporaneo

L’art. 36 SAG consente all’autorità di vigilanza finanziaria (l’autorità di vigilanza, laddove non intervenga la BCE, è la BaFin: *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) di dettare o imporre all’istituto bancario, in caso di significativo deterioramento della propria situazione finanziaria, di adottare misure idonee e necessarie per migliorare detta situazione (misure di c.d. intervento precoce). Tra le varie misure previste è disciplinata, in conformità con quanto previsto nell’art. 29 della direttiva citata (BRRD), anche la nomina di un amministratore temporaneo (“*vorläufiger Verwalter*”), ai sensi dell’art. 38 SAG. Quest’ultimo così recita:

*(1) Se una misura ai sensi dell’art. 37<sup>2</sup> non è sufficiente per porre rimedio alla situazione economica significativamente deteriorata dell’istituto, l’autorità di*

---

<sup>1</sup> Il testo della legge è reperibile *online* alla pagina: <https://www.gesetze-im-internet.de/sag/>.

<sup>2</sup> L’art. 37 SAG prevede l’ordine di revoca di membri dell’organo di amministrazione dell’istituto (in parte o anche di tutti i membri) nonché la nomina di nuovi membri scelti dall’istituto stesso, ma con il previo consenso dell’autorità, se le misure di cui all’art. 36 SAG risultino insufficienti per porre rimedio alla situazione gravemente deteriorata in cui versa

*vigilanza può nominare un amministratore dell'istituto che temporaneamente sostituisce o collabora con la dirigenza e l'organo di vigilanza o di amministrazione dell'istituto (amministratore temporaneo). L'amministratore temporaneo deve avere le qualifiche, le capacità e le conoscenze necessarie per svolgere le sue funzioni. Deve essere esente da qualsiasi conflitto di interesse.*

*In particolare, deve essere indipendente dai creditori e dall'istituto. Le funzioni e i poteri dell'amministratore temporaneo sono determinati dall'autorità di vigilanza e il potere di convocare un'assemblea degli azionisti dell'istituto e di fissarne l'ordine del giorno può essere esercitato solo con il previo consenso dell'autorità di vigilanza. La delega delle funzioni e dei poteri di un dirigente e dell'organo di controllo o di amministrazione a un amministratore temporaneo, nonché la revoca della delega sono iscritte d'ufficio nel registro.*

*(2) L'autorità di vigilanza può anche nominare più amministratori temporanei per un istituto ai sensi del comma 1.*

*(3) L'amministratore temporaneo riferisce all'autorità di vigilanza, a intervalli (da questa) stabiliti, sulle proprie attività.*

*(4) L'amministratore temporaneo è nominato per un periodo massimo di un anno. Tale periodo può essere rinnovato in via eccezionale se le condizioni per la designazione di un amministratore temporaneo continuano a sussistere. L'autorità di vigilanza può revocare l'amministratore temporaneo in qualsiasi momento.*

*(5) L'articolo 45c della legge bancaria tedesca (KWG) rimane salvo.*

Il legislatore tedesco non si è tuttavia avvalso della possibilità prevista dall'articolo 29, comma 9, della direttiva 2014/59/UE di regolare e/o limitare la responsabilità degli amministratori temporanei. Il legislatore non ha inoltre specificato i requisiti per un'azione risarcitoria contro tali amministratori per eventuali danni dagli stessi causati nell'esercizio delle loro funzioni, né tanto meno ha previsto un previo consenso ossia una specie di “nulla osta” dell'autorità di vigilanza competente per poter agire giudizialmente contro un amministratore temporaneo. La questione della responsabilità degli amministratori temporanei non sembra tra l'altro essere stata sollevata nell'*iter* legislativo né viene

---

l'istituto. L'art. 36 SAG prevede invece la facoltà da parte dell'autorità di impartire varie istruzioni all'organo amministrativo (tra le quali l'elaborazione di un apposito piano di ristrutturazione, etc.).

menzionata nella relazione relativa alla SAG. Finora né la giurisprudenza né la dottrina sembrano essersi soffermate sull'argomento.

In assenza di una regolamentazione specifica della responsabilità degli amministratori temporanei, si pone la questione su quali siano i principi di responsabilità da applicarsi. In linea di principio, la legge tedesca presuppone che una persona (anche una persona giuridica) sia responsabile dei danni che causa ad un'altra persona<sup>3</sup>. Ciò include – in assenza di regolamentazione specifica – i danni causati da dolo (*Vorsatz*) e colpa (*Fahrlässigkeit*) grave o lieve<sup>4</sup>. Il silenzio della legge potrebbe però anche essere valutato come indicatore del fatto che i principi della responsabilità amministrativa o dello Stato, la c.d. *Amtshaftung*, trovino applicazione (v. anche *infra*, par. 3). Ciò renderebbe meno doverosa la previsione di una limitazione della responsabilità dell'amministratore temporaneo (verso l'istituto vigilato), in quanto quest'ultimo non risponderebbe comunque direttamente dei danni dallo stesso causati se non nell'ambito di un'azione di regresso eventualmente svolta dall'autorità di vigilanza nei suoi confronti (infatti, in tal caso, sarebbe l'autorità di vigilanza che risponderebbe dei danni provocati all'istituto vigilato).

Rimane, d'altra parte, il dato che l'art. 38, comma 5, SAG fa riferimento alle regole sulla nomina del c.d. commissario speciale di cui all'art. 45c della legge bancaria tedesca (KWG)<sup>5</sup>, la cui applicazione deve rimanere "salva". Tale articolo reca al comma 7 una limitazione di responsabilità a favore di detto commissario speciale (v. *infra*) che tuttavia non prevede alcun requisito analogo a quello dell'art. 72, comma 9, del testo unico bancario vigente in Italia che esige il previo consenso dell'autorità di vigilanza per introdurre un'eventuale azione risarcitoria contro il commissario straordinario (un simile requisito, in Germania, non sembra nemmeno sussistere con riferimento ad altri settori di vigilanza in cui operano amministratori "straordinari", come ad es. nel campo delle assicurazioni).

Si potrebbe dunque ipotizzare che tale limitazione di responsabilità a favore degli amministratori speciali possa estendersi anche all'amministratore temporaneo, visto il richiamo normativo contenuto nel comma 5 dell'art. 38 SAG

---

<sup>3</sup> Cfr., per i principi generali relativi alla responsabilità contrattuale, l'art. 280 BGB e, relativamente alla responsabilità extracontrattuale, l'art. 823 BGB. Per la traduzione inglese del BGB, v. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html).

<sup>4</sup> Cfr. art. 276 BGB.

<sup>5</sup> L'art. 45c KWG è stato inserito nella KWG dalla RStrG (Legge sulla ristrutturazione del 9 dicembre 2010, BGBl. I, 1900) e più volte modificato.

e tenuto conto degli aspetti in comune sussistenti tra le dette figure commissariali (entrambi vengono nominati dall'autorità di vigilanza per occuparsi, in particolare, dell'amministrazione di un istituto bancario che si trovi in situazione di difficoltà; devono possedere le necessarie conoscenze e capacità per svolgere le funzioni attribuite; devono essere imparziali, etc.<sup>6</sup>). D'altra parte, il comma 5 dell'art. 38 SAG non stabilisce che l'art. 45c KWG si debba applicare *conformemente*, ma solo e semplicemente che esso “*rimane salva*” (permettendo quindi in particolare una eventuale nomina di entrambi i tipi di amministratori anche contemporaneamente)<sup>7</sup>.

In ogni caso, il “commissario speciale” è in origine un istituto nato nell'ambito della disciplina della vigilanza delle assicurazioni (art. 307 VAG), che poi ha trovato applicazione anche in altre leggi di vigilanza, come appunto nella legge bancaria tedesca (KWG) o anche nel codice tedesco sugli investimenti: si veda l'art. 40 KAGB (che richiama espressamente l'art. 45c KWG dichiarandolo *conformemente* applicabile).

In base all'art. 45c KWG, la BaFin può nominare un commissario speciale anche a prescindere da un determinato contesto (come ad esempio una crisi finanziaria), affidargli dei compiti presso un istituto di credito e delegargli i poteri necessari a tal fine. Il commissario può in particolare assumere i compiti di un direttore ovvero di un organo di *governance* in un istituto di credito (in particolare se esistono fatti che dimostrano che l'amministratore o gli amministratori dell'istituto non sono affidabili o se l'istituto non ha più il numero richiesto di

---

<sup>6</sup> Il silenzio dell'art. 38 SAG sulla questione della responsabilità potrebbe essere interpretato in modo tale che il legislatore abbia voluto basare la regolamentazione della responsabilità degli amministratori temporanei su quella più generale dell'art. 45c KWG. L'art. 45c KWG ha infatti un campo di applicazione più generale ed ampio rispetto all'art. 38 SAG, che riguarda invece solo la fase degli interventi c.d. “precoci” per ovviare ad una crisi in atto e che si applica solo agli istituti speciali elencati nell'art. 1, comma 1, SAG, come gli istituti di credito CRR e gli istituti di valori mobiliari, e non invece agli istituti di credito in generale, ai quali si applicano le disposizioni della KWG. Una limitazione della responsabilità alla stregua del comma 7 dell'art. 45c KWG potrebbe apparire indicata anche per gli amministratori temporanei, poiché le misure nell'amministrazione temporanea – come quelle dei commissari speciali – sono particolarmente dinamiche e il rischio di una responsabilità personale illimitata degli amministratori rischia di ridurre ulteriormente la cerchia presumibilmente ristretta di amministratori temporanei a tale compito adatti o disponibili ad assumere il relativo incarico.

<sup>7</sup> Contro una interpretazione che afferma l'estensione della norma all'amministratore temporaneo potrebbe invece essere eccepito il testo letterale del comma 5 e il fatto che, secondo la relazione illustrativa della legge (cfr. BT-Drucks. 18/2575, 155 reperibile *online* alla pagina: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/025/1802575.pdf>), il comma 5 dell'art. 38 SAG intende chiarire “*che questa disposizione non limita le possibilità dell'autorità di vigilanza di nominare un commissario speciale ai sensi dell'art. 45c KWG*”. V. *infra* in merito alla posizione della BaFin al riguardo.

amministratori delegati, in particolare perché l'autorità di vigilanza ha chiesto la revoca di un amministratore o gli ha vietato di svolgere le sue funzioni), ma anche molteplici altri compiti (ad es. il commissario può essere incaricato di: adottare delle misure adeguate per stabilire e garantire una corretta organizzazione aziendale, compresa un'adeguata gestione del rischio, se l'istituto ha violato in modo persistente le disposizioni di leggi attinenti o delle disposizioni dell'autorità di vigilanza; controllare che le istruzioni impartite dall'autorità di vigilanza nei confronti dell'istituto siano rispettate; elaborare un piano di ristrutturazione dell'istituto; elaborare un piano in cui si presentano le misure per conformare l'istituto all'aumento dei requisiti dei fondi dell'istituto per far fronte ad una minaccia di perturbazione del funzionamento del mercato finanziario; controllare l'adozione e applicazione di misure da parte dell'istituto al fine di ovviare ad un pericolo di inadempimento degli obblighi dell'istituto stesso nei confronti dei suoi creditori, in particolare per la sicurezza dei beni affidati all'istituto o anche per disporre, gli stessi amministratori, tali misure per ovviare ad un pericolo o per controllare il rispetto delle misure dettate dall'autorità di vigilanza; preparare un'ordinanza di liquidazione ai sensi dell'art. 77 SAG; esaminare le richieste di risarcimento danni contro i membri, o ex membri, degli organi direttivi). Si ricorda comunque come la BaFin che voglia nominare un commissario speciale è – come per qualsiasi altra misura di vigilanza – vincolata dal principio di proporzionalità e dalle esigenze di un doveroso esercizio del potere discrezionale<sup>8</sup>.

Infine, la limitazione della responsabilità del commissario speciale è regolata nel comma 7 dell'art. 45c KWG<sup>9</sup>, che non indica peraltro la base legale per una richiesta risarcitoria (né per l'istituto né per l'autorità). Il comma così recita:

*(7) I commissari speciali sono responsabili per gli atti che rientrano nell'ambito del comma 2, nn. da 1 a 5, 7, 7a, 9, 10 e n. 8<sup>10</sup>, se essi stessi adottano misure per ovviare ad un pericolo con dolo (Vorsatz) o colpa (Fahrlässigkeit). Se il commissario speciale ai sensi del comma 2 n. 6 o n. 8 è stato nominato esclusivamente per sorvegliare gli ordini impartiti dall'autorità*

---

<sup>8</sup> B. HÖPFNER in F. REISCHAUER/J. KLEINHANS, *Kreditwesengesetz (KWG) Kommentar*, Erich Schmidt - Berlino 2021, vol. 3, art. 45c KWG, par. 6; A. SCHWENNICKE in A. SCHWENNICKE/D. AUERBACH, *Kreditwesengesetz (KWG) und Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG) Kommentar*, 4. ed., Beck – Monaco di Baviera 2021, art. 45c KWG, par. 16.

<sup>9</sup> Il testo inglese del KWG aggiornato al 12 marzo 2015 è reperibile *online* alla pagina [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Aufsichtsrecht/dl\\_kwg\\_en.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Aufsichtsrecht/dl_kwg_en.html).

<sup>10</sup> Tutte le attività e i compiti del commissario speciale sopra elencati con le eccezioni della mera sorveglianza del rispetto delle istruzioni dell'autorità di vigilanza e del controllo delle misure dell'istituto per ovviare a un pericolo e del rispetto delle relative istruzioni dell'autorità.

*di vigilanza nei confronti dell'istituto, per sorvegliare le misure adottate dall'istituto al fine di ovviare a un pericolo ai sensi dell'art. 35 comma 2, n. 4, o dell'art. 46, comma 1, primo periodo, o per sorvegliare il rispetto delle misure adottate dall'autorità di vigilanza ai sensi dell'art. 46, il commissario speciale è responsabile solo per dolo. Ciò si applica anche nella misura in cui il commissario speciale ai sensi dell'art. 46, comma 2, quinto periodo, approvi eccezioni al divieto di vendita e di pagamento entro un limite di importo prefissato dall'autorità di vigilanza. In presenza di atti colposi, la responsabilità del commissario speciale per i danni è limitata a 1 milione di euro. Nel caso di una società per azioni le cui azioni sono ammesse alla negoziazione sul mercato regolamentato, l'obbligo risarcitorio è limitato a 50 milioni di euro.*

Tuttavia, è da segnalare che finora la questione circa l'eventuale estensione di tale previsione anche all'amministratore temporaneo di cui all'art. 38 SAG non sembra essere stata sollevata (in giurisprudenza o dottrina) né tantomeno chiarita. L'autorità di vigilanza (BaFin) appare tuttavia sostenere che la limitazione della responsabilità prevista nel comma 7 dell'art. 45c KWG non si applichi in relazione all'amministratore temporaneo: il legislatore tedesco che in base all'art. 29 della direttiva sopra citata avrebbe effettivamente potuto introdurre una limitazione di responsabilità non si sarebbe infatti avvalso di tale facoltà. La BaFin ritiene comunque che le *altre* regole di responsabilità del commissario speciale possano trovare applicazione anche in relazione all'amministratore temporaneo. In particolare, si evidenzia come il commissario speciale sia responsabile ai sensi dell'art. 45c, comma 7, KWG nei confronti dell'istituto in caso di delega dei poteri dell'organo amministrativo ai sensi dell'art. 45c, comma 2, nn. 1-4 (analogamente agli artt. 93, comma 2, 116 della legge sulle società per azioni - AktG)<sup>11</sup>, poiché in tal caso gestirebbe l'istituto, ad esempio alla stregua di un consiglio di amministrazione e/o un consiglio di sorveglianza, sotto la propria responsabilità, indipendentemente dall'autorità di vigilanza, con il che risulta, a parere dell'autorità, necessario un concorso di attività e responsabilità. Ciò dovrebbe valere anche con riferimento all'amministratore temporaneo di cui all'art. 38 SAG. Poiché all'amministratore temporaneo vengono assegnati compiti paragonabili a quelli del commissario speciale per quanto riguarda la gestione

---

<sup>11</sup> Se il commissario speciale non svolge funzioni per cui sono applicabili le limitazioni di responsabilità di cui all'art. 45c comma 7 KWG, è responsabile secondo le stesse disposizioni del diritto societario applicabili all'organo direttivo dell'istituto di credito che viene sostituito (cfr. art. 43, comma 2, della legge sulle società a responsabilità limitata - GmbHG, art. 34, comma 2, della legge sulle società cooperative - GenG; art. 93, comma 2, e art. 116 della legge sulle società per azioni - AktG).

dell'istituto e poiché per la nomina e la persona dell'amministratore temporaneo devono essere soddisfatti requisiti simili, le esposte considerazioni sul commissario speciale sarebbero in linea di principio trasferibili anche all'amministratore temporaneo.

Merita infine segnalare che un'ulteriore disposizione che prevede una figura paragonabile al commissario speciale – il c.d. amministratore speciale – si trova nell'art. 87 SAG, che disciplina l'amministrazione straordinaria o speciale dei gruppi (bancari) nella fase della risoluzione. L'art. 88 SAG fa tra l'altro espressamente riferimento all'art. 45c KWG, dichiarandolo *conformemente* applicabile in relazione all'amministratore speciale (ivi inclusa la disposizione sulla limitazione della responsabilità – senza comunque prevedere ulteriori dettagli o particolari requisiti per un'eventuale azione legale e risarcitoria contro lo stesso). Inoltre, ai sensi dell'art. 87, comma 3, SAG, “*La nomina di un amministratore speciale ai sensi del comma 1 [effettuata da parte della autorità competente per la risoluzione – che è sempre la BaFin] pone fine a qualsiasi nomina esistente di un amministratore temporaneo dell'istituto ai sensi dell'art. 38 o di un commissario speciale ai sensi dell'art. 45c KWG*”. Sembra quindi emergere anche da ciò una certa similitudine e sovrapposibilità delle funzioni dei vari tipi di amministratori straordinari incaricati dalla BaFin.

### **3. Le ipotesi di responsabilità dell'autorità di vigilanza**

Con particolare riferimento all'illecito compiuto dai soggetti che hanno agito in nome e per conto di un ente pubblico in qualità di pubblici funzionari, è previsto il c.d. regime di responsabilità dell'amministrazione, un'ipotesi risarcitoria regolata in particolare dal Codice civile tedesco (BGB). L'art. 839 BGB disciplina l'illecito del funzionario stabilendo che questo sia obbligato a risarcire i danni conseguenti alla violazione dolosa o colposa di un dovere d'ufficio imposto nei confronti di un terzo. In caso di colpa lieve, la responsabilità sussiste solo se il danno cagionato non possa essere ristorato in altro modo.

Nel caso di c.d. *acta iure gestionis*, l'ente pubblico di appartenenza del funzionario potrà incorrere nella responsabilità vicaria secondo le regole generali applicabili anche ai soggetti privati (artt. 31, 278 e 831 BGB in particolare per aver scelto “male” il proprio “ausiliario” che abbia recato un danno a terzi). Quando, invece, l'azione dannosa è riconducibile ad *acta iure imperii*, ossia nell'esercizio di atti autoritativi (la c.d. *hoheitliche Tätigkeit*) da parte del funzionario, la responsabilità dell'ente stesso si fonda sul combinato disposto

dell'art. 839 BGB e dell'art. 34 della Legge fondamentale (LF)<sup>12</sup> (accanto a tale c.d. *Amtshaftung*, che gode di un riferimento normativo espresso, sussistono altre fattispecie risarcitorie che sono state individuate in via pretoria<sup>13</sup>). L'art. 34 LF consente infatti di attribuire direttamente alla pubblica amministrazione la responsabilità del funzionario per gli *acta iure imperii*. La fattispecie della responsabilità è quella prevista dall'articolo 839 BGB, rispetto alla quale opera il criterio di imputazione (allo Stato) stabilito dall'art. 34 LF. Si tratta quindi di una responsabilità statale indiretta per un illecito extracontrattuale derivante da un'azione illegittima e colposa commessa da un soggetto che esercita una pubblica funzione. In tal caso, il danneggiato (ad esempio, una banca) non avrà titolo per procedere nei confronti dell'amministrazione per il fatto illecito commesso da parte della persona fisica, la quale tuttavia potrà essere esposta all'eventuale azione di rivalsa dell'amministrazione qualora abbia agito con dolo o colpa grave<sup>14</sup>. Solo lo Stato o l'ente al cui servizio il pubblico ufficiale appartiene è responsabile nei confronti del terzo danneggiato. Il principio vale, non solo per i funzionari pubblici *stricto sensu*, come gli impiegati dell'amministrazione pubblica, ma anche per tutte le persone cui sono state attribuite funzioni pubbliche, ossia poteri autonomi sulla base di una legge (come i cosiddetti "*Beliehene*")<sup>15</sup>. Per queste persone, anche se *a rigori* non hanno un "datore di lavoro pubblico" ai sensi dell'art. 34 LF, risponde dunque l'ente che ha

---

<sup>12</sup> Art. 34 LF: *Se taluno, nell'esercizio di un ufficio pubblico affidatogli, viene meno al suo dovere d'ufficio nei riguardi di un terzo, la responsabilità, per principio, ricade sullo Stato o sull'ente in cui egli presta servizio. In caso di dolo o di colpa grave può essere fatto valere il diritto di regresso. Per quanto concerne il diritto al risarcimento dei danni e il diritto di regresso non può mai essere esclusa l'azione di fronte alla giurisdizione ordinaria.*

<sup>13</sup> In virtù di una interpretazione estensiva dell'art. 14 LF (che tutela il diritto di proprietà e quello all'indennizzo in caso di espropriazione), la giurisprudenza ha ricostruito la c.d. *Haftung aus enteignungsgleichen Eingriff* (responsabilità per "quasi-espropriazione"), applicabile in tutti quei casi in cui l'amministrazione abbia leso illegittimamente un diritto reale o di impresa. Da menzionare è altresì la responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea cui è stata riconosciuta natura autonoma all'interno del sistema degli illeciti dei poteri pubblici.

<sup>14</sup> Cfr., per ulteriori dettagli, M.P. LARNÉ, *Spunti di comparazione fra i modelli Tedesco, Francese e Spagnolo di responsabilità dello Stato: esiste una responsabilità del legislatore?*, reperibile online alla pagina: [https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/204.pdf](https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/204.pdf) e S. PELLIZZARI, *L'illecito dell'amministrazione, Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, in *Collana della facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento*, n. 16, 2017, reperibile online alla pagina: <http://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/191430/166682/COLLANA%20DELLA%20FACOLTA%20VOLUME%2016%20DEF.pdf>.

<sup>15</sup> BVerwG, sentenza del 26.8.2010 - 3 C 35/09, in *NVwZ* 2011, 368, 369; S. DETTERBECK in M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, 9ª ed., Beck - Monaco di Baviera 2021, art. 34 LF, par. 16.



delegato loro le relative funzioni<sup>16</sup>. La responsabilità personale di tali soggetti può essere considerata solo nei confronti dell'ente a titolo di regresso se il soggetto incaricato abbia agito dolosamente o con colpa grave (art. 34, secondo periodo, LF) a meno che la legge non disponga diversamente.

Uno degli elementi spesso problematici della *Amtshaftung* è la “riferibilità del dovere (d'ufficio) al terzo”, inteso come titolare di un interesse protetto dalle norme violate e che sia ulteriore rispetto all'interesse pubblico perseguito, ma a questo riconducibile (la c.d. *Drittbezogenheit*)<sup>17</sup>. Con riferimento alle attività e alle misure di sorveglianza della BaFin, è stata tra l'altro esclusa la *Drittbezogenheit* nei confronti degli investitori, dei creditori e dei clienti che hanno affidato il loro denaro alla banca oggetto di tali misure (essi non possono quindi citare l'autorità di sorveglianza in giudizio per un illecito commesso da un funzionario o altro incaricato dell'autorità per compiere le misure che coinvolgono la banca), mentre la *Drittbezogenheit* in relazione all'adozione di una misura di sorveglianza viene riconosciuta nei confronti della stessa banca sottoposta alla detta misura di sorveglianza.

### **3.1. La responsabilità dei commissari speciali e degli amministratori temporanei**

Poiché gli amministratori temporanei sono (come i commissari e amministratori speciali) nominati dalla BaFin e i loro poteri derivano comunque da una legge (art. 38 SAG), ci si può chiedere se questi possano, almeno in alcune ipotesi di attività loro affidate, essere considerati come c.d. “*Beliehene*” ossia come un “*longa manus*” dell'autorità di vigilanza. Se ciò si riconoscesse, si avrebbe in capo all'amministratore temporaneo un'esclusione di responsabilità nei confronti degli istituti da quest'ultimo “gestiti” o “sorvegliati”, poiché sarebbe l'autorità di vigilanza stessa ad assumersi la relativa responsabilità, potendo semmai agire con un'azione di rivalsa contro l'amministratore temporaneo. Ciò può essere ipotizzato ovviamente solo nella misura in cui le attività dell'amministratore temporaneo possano qualificarsi alla stregua di funzioni d'ufficio ovvero atti di rilevanza pubblicistica o autoritativi, e con

---

<sup>16</sup> BVerwG, sentenza del 26.8.2010 - 3 C 35/09, *op. cit.*; F. OSSENBÜHL/M. CORNILS, *Staatshaftungsrecht*, 6<sup>a</sup> ed, Beck – Monaco di Baviera 2013, 114.

<sup>17</sup> S. PELLIZZARI, *op. cit.*: La *Drittbezogenheit* impone al danneggiato di dimostrare come il dovere pubblico violato dal titolare dell'organo amministrativo sia stato imposto dalla legge, non solo per il miglior perseguimento della funzione attribuita all'amministrazione coinvolta, ma anche per la tutela dell'interesse privato di cui si lamenta la lesione.

“*Drittbezogenheit*” (v. *supra*) in relazione alla banca vigilata. Una tale valutazione deve in genere essere effettuata caso per caso, con riferimento agli specifici compiti assegnati all’amministratore.

Con riferimento alla valutazione dei compiti del commissario speciale ai sensi dell’art. 45c KWG, recente dottrina ha suggerito di basarsi, più che sul criterio del vincolo alle istruzioni della BaFin, sull’inquadramento del rapporto (di natura pubblica) tra il commissario e la BaFin, che potrebbe svelare se il commissario eserciti un potere pubblico e funzioni di rilevanza pubblicistica o piuttosto un incarico di natura privata (come viene, ad es., affermato per l’attività del curatore fallimentare)<sup>18</sup>. In ogni caso, bisognerebbe chiedersi se il commissario speciale abbia effettivamente esercitato un potere d’ufficio nella situazione concreta o se abbia semplicemente svolto compiti di diritto privato, e quanto sia stata significativa l’influenza dell’autorità di vigilanza nella situazione specifica.

Se il tema non sembra finora essere stato affrontato in relazione all’amministratore temporaneo, con riferimento all’art. 45c KWG la dottrina ha affermato che il commissario speciale può essere considerato, almeno in alcune ipotesi (in particolare in quelle in cui gli vengano affidati compiti di controllo e di sorveglianza come nell’art. 45c, comma 2, n. 7 e 8 KWG), alla stregua di un “*Beliehener*” o “*longa manus*” della BaFin<sup>19</sup>. Di conseguenza, la responsabilità “esterna” dei commissari speciali investiti di poteri autoritativi dalla BaFin verrebbe esclusa<sup>20</sup>. In questo senso la stessa dottrina considera le regole sulla responsabilità di cui al comma 7 dell’art. 45c KWG non esaustive o comunque non ostative quanto alle conseguenze previste nella *Amtshaftung*. Se il commissario non svolge invece funzioni pubbliche e non sono applicabili nemmeno le limitazioni di responsabilità di cui all’art. 45c comma 7 KWG, i commissari speciali sono responsabili secondo le stesse disposizioni del diritto societario applicabili all’organo direttivo dell’istituto di credito che sostituiscono

---

<sup>18</sup> M. HANTEN, *Sonderbeauftragte nach § 45 c KWG – Ein Platz zwischen allen Stühlen (Teil I)*, in *BKR* 2019, 157,160 ss. Cfr. anche M. HANTEN, *Sonderbeauftragte nach § 45c KWG – Ein Platz zwischen allen Stühlen (Teil II)*, in *BKR* 2019, 218 ss. e A. SCHWENNICKE, *op. cit.*, art. 45c KWG, para. 51.

<sup>19</sup> M. HANTEN, *op. cit.*; B. HÖPFNER, *op. cit.*, art. 45c KWG, para. 15; J.H. LINDEMANN in K.H. BOOS/R. FISCHER/H. SCHULTE-MATTLER, *KWG, CRR-VO Kommentar*, 5<sup>a</sup> ed., Beck – Monaco di Baviera 2016, art. 45c KWG, para. 60.

<sup>20</sup> M. HANTEN, *op. cit.*

(cfr. *supra*; si deve infine includere anche l'art. 54a KWG, che disciplina la responsabilità penale)<sup>21</sup>.

Con riferimento agli amministratori temporanei – sulla cui responsabilità la legge appunto tace – si potrebbero fare simili considerazioni. Si segnala però come l'autorità di vigilanza sembri tuttavia escludere l'applicazione della *Amtshaftung* (che fa venir meno una responsabilità diretta dell'amministratore nei confronti del danneggiato) con riferimento al commissario speciale nella misura in cui questi svolga le funzioni di un *manager* ovvero di un organo di amministrazione dell'istituto (v. in particolare art. 45c, comma 2, nn.1-2 KWG), poiché in tale ipotesi la BaFin non sarebbe autorizzata a impartirgli istruzioni nella sua qualità di amministratore<sup>22</sup>. In tal caso, l'*Amtshaftung* ai sensi dell'art. 34 LF per la mancata sorveglianza da parte della BaFin non troverebbe applicazione poiché il commissario speciale – a differenza di un *Beliehener* – non eserciterebbe alcuna funzione d'ufficio, ma si limiterebbe a svolgere compiti di diritto privato come *manager* di un istituto bancario senza che la BaFin abbia alcuna supervisione sulla attività specifica. Lo stesso dovrebbe, ad avviso della BaFin, valere anche per l'amministratore temporaneo che parimenti svolga funzioni di un organo amministrativo e quindi funzioni paragonabili a quelle indicate nell'art. 45c, comma 2, nn. 1-2 KWG.

### **3.2. L'azione di rivalsa dell'autorità contro i responsabili**

Per l'azione di rivalsa dell'autorità di vigilanza nei confronti dei loro funzionari o simili, la SAG prevede una (ulteriore) limitazione di responsabilità (rispetto a quella disciplinata nell'art. 34 LF che prevede il regresso sia per dolo che colpa grave). L'art. 181 SAG limita infatti il regresso dell'autorità di vigilanza al solo dolo (senza includere, quindi, anche la colpa grave):

*In deroga all'art. 75, comma 1, primo periodo, della legge sui funzionari pubblici federali, i funzionari pubblici le cui autorità (di appartenenza) sono chiamate a svolgere compiti in virtù della presente legge sono tenuti a risarcire i danni da loro causati nell'esercizio dei compiti, che incombono alla loro autorità*

---

<sup>21</sup> J.H. LINDEMANN, *op. cit.*, art. 45c KWG, para. 66; J. EBERMANN, in U. JAHN, C. SCHMITT, B. GEIER, *Bankensanierung und -abwicklung, Handbuch*, Beck – Monaco di Baviera 2016, 137 (para. 9) ha osservato che anche l'amministratore temporaneo che svolge funzioni dell'organo amministrativo potrebbe essere l'autore della fattispecie penale di cui all'art. 54a KWG, sebbene – grazie allo stretto coordinamento delle funzioni con la BaFin – ciò sarebbe piuttosto improbabile.

<sup>22</sup> Cfr. in relazione all'art. 45c KWG J.H. LINDEMANN, *op. cit.*, art. 45c KWG, par. 69.

*in virtù della presente legge, solo se hanno violato dolosamente i loro obblighi. Il primo periodo si applica mutatis mutandis ai pubblici ufficiali che non sono funzionari pubblici, compresi gli impiegati soggetti a contratti collettivi.*

Secondo la relazione illustrativa della legge, la limitazione della responsabilità si estende, oltre che agli impiegati, anche alle persone fisiche che agiscono negli organi dell'autorità di risoluzione. Non è comunque chiaro se questa disposizione si applichi anche a "*Beliehene*" con funzioni sovrane e con ciò eventualmente agli amministratori temporanei se o nella misura in cui agiscono come tali (ipotesi che sembra però potersi tutto sommato escludere secondo il parere della BaFin: v. *supra*)<sup>23</sup>.

### **3.3. La responsabilità propria dell'autorità di vigilanza**

A prescindere dalla responsabilità dell'amministratore temporaneo (o del commissario speciale), l'autorità di vigilanza dovrebbe rispondere anche direttamente, in base ai principi della responsabilità amministrativa, per eventuali danni provocati all'istituto sorvegliato, qualora l'autorità avesse scelto e nominato un amministratore non idoneo ai compiti assegnati o per non averlo revocato in tempo utile (c.d. responsabilità propria dell'autorità). Da un lato, l'autorità risponde infatti per via del criterio di imputazione di cui all'art. 34 LF nel caso in cui la colpa è del funzionario incaricato (o eventualmente dell'amministratore temporaneo); dall'altro, è riconosciuto che l'autorità di vigilanza risponda secondo i principi della responsabilità amministrativa anche per una *propria* colpa nella scelta e nella nomina, ad esempio, di un commissario speciale ai sensi dell'art. 45c KWG o nel caso della sua mancata revoca nonostante l'esistenza di una giusta causa<sup>24</sup>.

È probabile (anche secondo la BaFin, per quanto non si conoscano precedenti) che tale tipo di responsabilità propria sia applicabile anche con riferimento alla nomina di un amministratore temporaneo. In questo caso, tuttavia, l'autorità sarebbe responsabile solo nei confronti dell'istituto finanziario sul quale

---

<sup>23</sup> BT-Drucks. 18/2575, 189, *op. cit.*; un'interpretazione restrittiva che escluda i *Beliehene* dal campo di applicazione della norma rischia in ogni caso di contraddire la finalità della disposizione, secondo la quale la limitazione della responsabilità mira a promuovere un intervento rapido e deciso delle persone coinvolte nel risanamento (e nella liquidazione) senza dover temere una responsabilità personale rilevante, come lo stesso legislatore ha illustrato nella sua relazione illustrativa; v. anche *supra* sull'interpretazione dell'art. 34 LF che estende la *Amtshaftung* a "*Beliehene*".

<sup>24</sup> Cfr. J.H. LINDEMANN, *op. cit.*, art. 45c KWG, par. 69.

interferisce con le sue misure (come appunto tramite la nomina di un amministratore temporaneo). L'art. 4, comma 4, della legge sulla vigilanza dei servizi finanziari (FinDAG) – disposizione che non è andata esente da critiche (anche dal punto di vista del diritto costituzionale)<sup>25</sup> – chiarisce infatti come la *Amtshaftung* non trovi applicazione nei confronti di terzi come i clienti e i creditori dell'istituto finanziario interessato (questi non possono dunque avanzare pretese contro l'autorità di vigilanza che agisce esclusivamente nell'interesse pubblico)<sup>26</sup>.

#### 4. Aspetti processuali

Mentre l'impugnazione delle misure della SAG (ivi inclusa la nomina dell'amministratore) nei confronti dell'autorità di vigilanza avviene davanti ai tribunali amministrativi, per le azioni risarcitorie contro l'amministratore temporaneo o l'autorità stessa sono competenti i giudici civili. Ciò vale anche quando si dovessero applicare i principi della *Amtshaftung* (art. 40, comma 2, primo periodo, del codice di procedura della giustizia amministrativa – VwGO). Il diritto tedesco non prevede, del resto, disposizioni di protezione a favore degli amministratori temporanei a livello di procedura civile (la tutela deriva, ove applicabile, dall'esclusione della responsabilità verso terzi alla luce della *Amtshaftung* dell'ente pubblico). In particolare, non si ha alcuna riserva di consenso a favore dell'autorità di vigilanza (BaFin) o di altre autorità, come ad es. la banca federale tedesca (*Deutsche Bundesbank*), per poter presentare un'azione legale contro un amministratore temporaneo.

---

<sup>25</sup> K. PANNEN, *Sanierung – Abwicklung – Insolvenz bei Kreditinstituten*, 4<sup>a</sup> ed., Carl Heymann – Colonia 2021, 65 (par. 241 ss).

<sup>26</sup> Cfr. H.W. FORKEL, *Rechtsfragen zur Krise an den Finanzmärkten: Zur Systematik möglicher Schadensersatzansprüche*, in *BKR* 2008, 183, 187.



# REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

## 1. Introduzione

La legge principale sull'argomento è il *Banking Act 2009*, emanato a seguito della crisi finanziaria del 2007-2009 per rimediare alle lacune dell'ordinamento in materia di insolvenza allora in vigore. In particolare, la normativa precedente non prevedeva una disciplina specifica per il caso di insolvenza degli istituti di credito che rivestivano un ruolo particolare nell'assetto economico-finanziario del paese e il cui dissesto poteva comportare ripercussioni assai gravi.

Il *Banking Act 2009* è stato modificato e integrato più volte, sia ad opera di iniziative legislative interne sia per recepire la normativa euro-unitaria, tra cui anche la direttiva 2014/59/UE<sup>1</sup>. Ad oggi, la disciplina pertinente alla presente indagine è rimasta sostanzialmente invariata nonostante il recesso del Regno Unito dall'Unione europea e la conseguente cessazione dell'applicazione della normativa UE dopo la chiusura del periodo di transizione avvenuta il 31 dicembre 2020. Tuttavia, l'adattamento dell'ordinamento britannico a seguito del recesso è tuttora in corso; pertanto, si tratta di un settore giuridico in costante evoluzione<sup>2</sup>.

## 2. Il sistema di regolamentazione finanziaria

I principali organi nel sistema di regolamentazione finanziaria sono la *Bank of England*, la *Financial Conduct Authority* (di seguito, FCA) e la *Prudential Regulation Authority* (PRA).

La *Bank of England* è responsabile per la pianificazione e l'esecuzione del risanamento e della risoluzione degli istituti di credito. Inoltre, essa può porre in essere le *stabilisation options* (*infra*, par. 3.2). La *Bank of England* è anche l'autorità di risoluzione ai fini del *Banking Act 2009*.

---

<sup>1</sup> Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio.

<sup>2</sup> V. ad es. BANK OF ENGLAND, *The Bank of England's amendments to financial services legislation under the European Union (Withdrawal) Act 2018*, 13 giugno 2019, <https://www.bankofengland.co.uk/paper/2019/the-boes-amendments-to-financial-services-legislation-under-the-eu-withdrawal-act-2018>.

La FCA ha il compito di regolamentare e vigilare sulla condotta tenuta sui mercati da parte di tutte le istituzioni finanziarie. La FCA deve inoltre assicurare un livello adeguato di tutela dei consumatori<sup>3</sup>, rafforzare l'integrità del sistema finanziario<sup>4</sup> e favorire la concorrenza effettiva, negli interessi dei consumatori.

La PRA è un organo della *Bank of England* che svolge il compito della regolamentazione microprudenziale<sup>5</sup> rispetto a tutte le istituzioni finanziarie "sistemicamente" rilevanti nella struttura finanziaria britannica, ovvero quelle il cui potenziale dissesto metterebbe a repentaglio la tenuta del sistema finanziario e la continuità della fornitura di servizi finanziari.

La FCA e la PRA concedono inoltre l'autorizzazione alle società che desiderano intraprendere attività finanziarie<sup>6</sup>. Esse, previo parere della *Bank of England*, stabiliscono se un istituto di credito è in dissesto o a rischio di probabile dissesto.

Il Tesoro del Regno Unito è incaricato della redazione di linee guida a disciplina delle modalità di applicazione dello *Special Resolution Regime* (*infra*, par. 3)<sup>7</sup>.

### **3. La nomina degli amministratori nello *Special Resolution Regime***

Lo *Special Resolution Regime* (regime speciale di risoluzione) predisposto dal *Banking Act 2009* ha lo scopo di migliorare la tenuta del sistema finanziario britannico e la stabilità finanziaria, attraverso il rafforzamento della tutela dei

---

<sup>3</sup> La FCA definisce il "livello adeguato" di tutela da approntare a favore dei consumatori, tenendo conto di una serie di principi tra cui la necessità, per i consumatori, di assumersi la responsabilità delle proprie decisioni.

<sup>4</sup> Tale nozione include la resilienza del mercato, la lotta contro i reati economici e contro l'abuso di mercato, nonché l'impegno ad assicurare la trasparenza dei prezzi.

<sup>5</sup> Il *Financial Services Act 2012* ha affidato la regolamentazione macroprudenziale al *Financial Policy Committee*.

<sup>6</sup> L'organo specifico dipende dalle singole attività delle società richiedenti.

<sup>7</sup> Per il testo integrale del documento, v. HM TREASURY, *Banking Act 2009: special resolution regime code of practice*, dicembre 2020, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/945165/SRR\\_CoP\\_December\\_2020.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/945165/SRR_CoP_December_2020.pdf).



risparmiatori<sup>8</sup>. Le previsioni si applicano alle “banche”, ovvero agli istituti incorporati o costituiti nel Regno Unito abilitati all'accettazione dei depositi<sup>9</sup>. Prevede vari strumenti per affrontare la situazione delle banche in dissesto o a rischio di dissesto: la procedura della *bank administration*, le cc.dd. *stabilisation options* e la procedura della *bank insolvency*. Per ciascuna di queste categorie, il *Banking Act 2009* prevede la nomina di una figura di amministratore con incarico temporaneo, secondo le modalità che verranno di seguito indicate.

### **3.1. La *bank administration***

La *bank administration* viene applicata quando una parte delle attività di una banca viene venduta a un acquirente oppure trasferita a una banca-ponte o a una società veicolo per la gestione delle attività (v. *infra*, par. 3.2). La corte nomina un *bank administrator*, su richiesta della *Bank of England*, il quale è tenuto ad assicurare che le parti non trasferite dell'istituto di credito (la c.d. banca residua) possano fornire i servizi necessari affinché l'acquirente privato, la banca-ponte o la società veicolo per la gestione delle attività sia in grado di operare efficacemente.

In particolare, il *bank administrator* viene nominato per mezzo del *bank administration order*, un'ordinanza giudiziale. L'individuo nominato deve essere qualificato ad agire in veste di curatore fallimentare rispetto all'istituto di credito, e deve prestare il proprio consenso. La richiesta di una tale *order* deve essere avanzata dalla *Bank of England* e deve specificare l'individuo da nominare. L'istituto bancario in questione deve ricevere notifica della richiesta.

Il *bank administrator* deve perseguire due obiettivi. Il c.d. *Objective 1* è di assicurare il sostegno all'acquirente privato (o alla banca-ponte o alla società veicolo per la gestione delle attività), fornendo i servizi necessari affinché sia in grado di operare in maniera efficace. Il secondo obiettivo, invece, è quello di vigilare sulle cc.dd. questioni “consuete”, ovvero quelle che emergono solitamente nel corso di una procedura di amministrazione, come ad esempio il salvataggio della banca residua oppure il conseguimento di un esito migliore, per i creditori della banca residua, di quello possibile se l'istituto venisse liquidato

---

<sup>8</sup> Tra gli obiettivi figurano anche la tutela e il miglioramento della fiducia del pubblico nella stabilità dei sistemi bancari britannici; la tutela dei risparmiatori e dei fondi pubblici; la non-interferenza con i diritti di proprietà sanciti dalla CEDU. V. *section 4, Banking Act 2009*.

<sup>9</sup> *Section 2, Banking Act 2009*. Per la normativa applicabile, invece, alle banche di investimento, v. *infra*, par. 4.

immediatamente. Il *bank administrator* può intraprendere qualsiasi azione necessaria o che favorisca il raggiungimento di questi due obiettivi.

La richiesta per il *bank administration order* può essere avanzata se la *Bank of England* ha redatto o intende redigere un atto per il trasferimento della proprietà dell'istituto di credito in questione. Inoltre, la *Bank* deve accertarsi che la banca residua non sia in grado di ripagare i propri debiti oppure che, probabilmente, non sarà in grado di ripagarli a seguito del trasferimento della proprietà prospettato. La corte potrà rilasciare l'*order* se verifica che queste due condizioni sono state soddisfatte.

Il *bank administrator* è da ritenersi un agente della corte.

La *section 145 del Banking Act 2009* aggiorna le previsioni a disciplina delle circostanze in cui l'operato di un *bank administrator* può essere contestato in sede di giudizio. In particolare, un creditore, un socio o un azionista di società posta in amministrazione può rivolgersi in giudizio se, a suo avviso, il *bank administrator* agisce (o ha agito o si propone di agire) in maniera tale da pregiudicare, ingiustamente, i suoi interessi. L'azione può essere intentata individualmente oppure con alcuni o tutti gli altri creditori, soci o azionisti della società. L'azione può essere avviata anche se si ritiene che il *bank administrator* non stia svolgendo le proprie funzioni nella maniera più celere o efficiente ragionevolmente praticabile.

La corte può accogliere il ricorso, respingerlo, posticipare l'udienza (con o senza condizioni), emanare un'ordinanza *ad interim* o adottare qualsiasi altra misura che ritenga opportuna. In particolare, la corte può disciplinare l'espletamento, da parte del *bank administrator*, delle sue funzioni, impedirgli di agire o di non agire in un determinato modo; richiedere una decisione dei creditori della società relativamente ad una determinata questione; o far cessare l'incarico dell'amministratore.

L'azione può essere avviata dalla *Bank of England*, per qualsiasi motivo. Invece, il creditore può agire in giudizio solo se la corte accerta che la causa non ostacolerebbe il raggiungimento dell'*Objective 1* di cui sopra. Tuttavia, se la *Bank of England* ha già certificato il conseguimento dell'*Objective 1* per mezzo dell'emanazione di una *Objective 1 Achievement Notice*, il creditore può agire in giudizio direttamente.

Azioni per asserita *misfeasance*, ovvero illeciti commessi da pubblici ufficiali<sup>10</sup>, possono essere intentate anche dopo la fine dell'incarico del *bank*

---

<sup>10</sup> *Section 145, Banking Act 2009*, che integra il par. 75, *Schedule B1, Insolvency Act 1986*.

*administrator*. Si tratta di ricorsi che possono essere avviati solo dalla *Bank of England*, dall'eventuale curatore ufficiale, dall'amministratore successivamente nominato della società, dal liquidatore della società, da un creditore o da soci azionisti. L'azione in giudizio deve essere mirata a dimostrare che il *bank administrator* abbia speso in maniera scorretta oppure abbia trattenuto fondi o altri beni della società, che abbia acquisito illecitamente fondi o altri beni della società o che abbia violato un dovere fiduciario o di altra natura rispetto alla società. Il giudice può disporre la restituzione dei beni in questione, con o senza gli interessi, o anche il pagamento di una somma alla società come risarcimento per aver violato i propri obblighi.

Il *bank administrator* non può essere rimosso dall'incarico o sostituito senza il previo consenso della *Bank of England*, a meno che quest'ultima non abbia certificato il conseguimento dell'*Objective 1*. L'eventuale sostituzione può essere disposta solo dalla *Bank* stessa.

### **3.2. L'amministratore nelle *stabilisation options***

Originariamente, si mettevano a disposizione della *Bank of England* tre strumenti, cc.dd. *stabilisation options*, consistenti essenzialmente in trasferimenti totali o parziali di azioni o di beni dall'istituto in difficoltà<sup>11</sup>: il primo strumento

---

<sup>11</sup> La *Bank of England* poteva (e può) esercitare tali *options* al sussistere di quattro condizioni: (1) l'istituto bancario doveva essere in dissesto o in probabile dissesto; (2) era improbabile che venissero adottati rimedi; (3) era necessario applicare una delle *stabilisation options* alla luce degli obiettivi della risoluzione; e (4) l'eventuale liquidazione della banca non avrebbe consentito di attuare gli obiettivi della risoluzione speciale in maniera parimenti efficace: *section 7* del *Banking Act 2009*.

La *Bank of England* ha il potere di applicare tutti gli strumenti, ad eccezione del trasferimento temporaneo alla proprietà pubblica, che può essere decisa solamente dal Tesoro. A tal riguardo, il Tesoro può decidere il trasferimento solo se esso risulta necessario per eliminare o ridimensionare una grave minaccia per la stabilità dei sistemi finanziari britannici o per tutelare l'interesse pubblico, là dove il Tesoro abbia dato assistenza finanziaria ad una banca in dissesto (*section 9, Banking Act 2009*). Tuttavia, la *Bank of England* deve ottenere l'approvazione del Tesoro nel caso di acquisizione privata o di istituzione di una banca-ponte o di una società veicolo per la gestione delle attività. Per quanto riguarda invece la società veicolo per la gestione delle attività, le attività possono essere trasferite solo se: (1) la condizione dei mercati interessati è tale per cui l'applicazione delle procedure ordinarie di insolvenza arrecherebbero effetti avversi su questi mercati; (2) il trasferimento è necessario al fine di assicurare il buon funzionamento dell'istituto in dissesto; oppure (3) il trasferimento è necessario per massimizzare i proventi derivanti dalle attività. V. *section 8, Banking Act 2009*.

Il *Code of Practice* ribadisce che il criterio della necessità dell'utilizzo dei poteri di stabilizzazione è difficile da soddisfare e che la *Bank of England* e il Tesoro devono bilanciare gli effetti a breve e a lungo termine per la stabilità finanziaria, la fiducia del pubblico e la tutela dei risparmiatori. Il documento riconosce la discrezionalità della *Bank of England* nella scelta dei

prevedeva il trasferimento a favore di un acquirente privato e generalmente comportava la vendita dell'intera attività d'impresa della banca in difficoltà; nel secondo, si aveva il trasferimento ad una c.d. banca-ponte, un soggetto di proprietà della *Bank of England*; nel terzo, invece, il trasferimento avveniva a favore dello Stato e solo su base provvisoria<sup>12</sup>.

In recepimento della direttiva 2014/59/UE, a questi tre strumenti sono stati affiancati: la procedura c.d. di *bail-in*<sup>13</sup>, cioè la svalutazione di determinate tipologie di debito o la loro conversione in capitale, nonché la procedura del trasferimento di attività, diritti o passività a una società veicolo per la gestione delle attività<sup>14</sup>.

La *section 62B* del *Banking Act 2009* prevede la possibilità per la *Bank of England* di nominare un *resolution administrator*. Tale figura adotta tutte le misure necessarie per promuovere gli obiettivi della risoluzione speciale. Inoltre, al *resolution administrator* possono essere affidate le funzioni di gestione delle attività dell'istituto di credito, nonché l'esercizio di qualsiasi altro potere della banca o qualsiasi altra facoltà che la *Bank of England* possa conferirgli, alle condizioni che potrà stipulare la stessa *Bank*<sup>15</sup>.

Il *resolution administrator* ha il potere di fare tutto ciò che sia necessario o opportuno ai fini del buono svolgimento delle sue funzioni. Egli non è da ritenersi né un funzionario né un agente della Corona (in particolare, non appartiene alla funzione pubblica).

---

singoli strumenti di stabilizzazione, ma dispone che la procedura di *bank insolvency* dovrebbe essere la scelta principale, a meno che considerazioni di interesse pubblico depongano a favore di una soluzione diversa. Per quanto riguarda gli altri strumenti, il *Code* indica che dovrebbe essere preferito quello dell'acquisizione ad opera di un soggetto privato, mentre quello della proprietà pubblica temporanea deve essere l'*extrema ratio*. V. HM TREASURY, *Banking Act 2009: special resolution regime code of practice*, op. cit., parr. 6.37 ss.

<sup>12</sup> *Sections 1(3) e 11-13, Banking Act 2009.*

<sup>13</sup> *Sections 12A e 12B del Banking Act 2009.*

<sup>14</sup> *Section 12ZA del Banking Act 2009.* La società veicolo per la gestione delle attività può essere attivata solamente in combinazione con un altro strumento, mentre gli altri strumenti possono essere utilizzati separatamente o congiuntamente.

L'istituzione di una banca-ponte o di una società veicolo per la gestione delle attività prevede il trasferimento delle attività in difficoltà e le relative passività alla banca-ponte o alla società veicolo, al fine di ristabilire il buon funzionamento dell'istituto in difficoltà; i soggetti destinatari del trasferimento devono gestire le attività in maniera tale da massimizzarne il valore.

<sup>15</sup> Ad esempio, il *resolution administrator* potrebbe essere obbligato a redigere una relazione su qualsiasi questione stabilita nell'atto di nomina.

L'atto di nomina del *resolution administrator* deve recare i criteri a disciplina delle dimissioni e della eventuale sostituzione dell'incaricato. Può essere rimosso dall'incarico solamente per motivi di incapacità o cattiva condotta, oppure perché non vi è più bisogno della sua attività.

Secondo la *section 62E* del *Banking Act 2009*, un *resolution administrator* è esente dalla responsabilità civile per qualsiasi atto commesso in buona fede nello svolgimento delle proprie funzioni ufficiali o di atti a esse collegati. Nei confronti di questi *administrators*, tuttavia, si applica la *section 8* dello *Human Rights Act 1998*, secondo cui le corti possono comunque vagliare gli atti delle autorità pubbliche e, se li ritiene illeciti<sup>16</sup>, possono obbligarle a versare un risarcimento o ad adempiere attraverso qualsiasi misura che considerino equa ed opportuna.

### **3.3. La *bank insolvency***

La procedura speciale di insolvenza, disciplinata dalla *Part 2* del *Banking Act 2009*, si può applicare quando l'utilizzo dei poteri di stabilizzazione non è ritenuto necessario. La procedura può essere avviata dal Tesoro, dalla *Bank of England* o dalla PRA, se l'istituto di credito non riesce a ripagare i propri debiti, se la procedura è nell'interesse pubblico o se risulta necessario in base al principio dell'equità.

La procedura di insolvenza bancaria viene avviata mediante un'ordinanza giudiziale denominata *bank insolvency order*, che nomina come liquidatore una persona qualificata ad agire in veste di curatore fallimentare per la banca e che abbia prestato il proprio consenso alla nomina. L'ordinanza può essere richiesta dalla *Bank of England*, dalla PRA o dal Segretario di stato competente; tale richiesta deve anche identificare il liquidatore prescelto.

L'obiettivo principale del liquidatore deve essere quello di assicurare che tutti i risparmiatori idonei ottengano il trasferimento del proprio conto ad un altro istituto finanziario; in alternativa, un risarcimento dallo Stato. L'obiettivo secondario è quello di ottenere il miglior esito possibile per i creditori della banca.

Il liquidatore rimane in carica fino alle dimissioni, alla rimozione, alla decadenza, alla nomina di un sostituto o al decesso. Può essere rimosso

---

<sup>16</sup> Ai sensi della *section 6* dello *Human Rights Act 1998*, è illecito qualsiasi comportamento, posto in essere da un'autorità pubblica, che sia incompatibile con i diritti sanciti dalla CEDU. Non può essere illecito l'atto che risulti obbligatoriamente da previsioni di diritto primario, oppure quello adottato per attuare previsioni di diritto primario che non possono essere interpretate in maniera compatibile con la CEDU.

dall'incarico per mezzo di un'ordinanza giudiziale su richiesta del *liquidation committee* (la commissione che accerta l'adeguato svolgimento delle funzioni del liquidatore<sup>17</sup>), la PRA o la *Bank of England* (in questi ultimi due casi, è necessaria la previa consultazione con la FCA). Il liquidatore può essere rimosso dall'incarico anche su richiesta dei creditori<sup>18</sup>.

Il liquidatore è un agente della corte.

Una volta cessato l'incarico, il liquidatore non è più responsabile per atti, omissioni o altri comportamenti posti in essere in qualità di liquidatore, ad eccezione di eventuali *misfeasances*.

### **3.4. Il *bail-in administrator***

Il *Financial Services (Banking Reform) Act 2013* ha modificato le previsioni del *Banking Act 2009* relativamente alla figura del *bail-in administrator*. In caso di *bail-in*, è possibile autorizzare un *bail-in administrator* a gestire le attività dell'istituto di credito, oppure affidargli qualsiasi altro potere relativo alla gestione di tali attività o dell'istituto stesso. Il *bail-in administrator* può anche ricevere qualsiasi altro potere che la *Bank of England* possa ritenere opportuno, assieme alle condizioni per il loro esercizio.

Il *bail-in administrator* può adottare qualsiasi azione necessaria o desiderabile ai fini dello svolgimento delle proprie funzioni. Egli non è da ritenersi un funzionario o un agente della Corona (e non appartiene alla funzione pubblica). La *Bank of England* definisce le modalità di dimissioni e di sostituzione del *bail-in administrator*; per quanto riguarda la rimozione, essa può intervenire solo per motivi di incapacità o di cattiva condotta, o ancora per il venir meno delle necessità che avevano condotto alla nomina. L'*administrator* è esente dalla responsabilità civile per qualsiasi atto commesso in buona fede nello svolgimento delle proprie funzioni, o per qualsiasi atto ad esse collegato. Anche nei confronti di questa figura, si applica la *section 8* dello *Human Rights Act 1998* (v. *supra*, par. 3.2).

---

<sup>17</sup> Costituita da due persone nominate dalla *Bank of England* e uno ciascuno dalla PRA e dalla FCA.

<sup>18</sup> In questo caso, è necessaria una risoluzione dell'assemblea dei creditori a seguito dell'emanazione, ad opera della commissione di liquidazione, di una risoluzione per il pagamento completo e che i creditori siano stati informati dell'intenzione di proporre una risoluzione per rimuovere il liquidatore. Inoltre, la *Bank of England* deve essere stata informata della riunione e le deve essere stata concessa l'opportunità di esprimere la propria posizione in merito. V. la *section 195* dell'*Insolvency Act 1986*.

## 4. Le banche di investimento

Il *Banking Act 2009* affida al Tesoro il compito di delineare le modalità di nomina e le funzioni degli amministratori per le banche di investimento<sup>19</sup>. La relativa disciplina è contenuta nelle *Investment Bank Special Administration Regulations 2011* (in particolare, nella *regulation 15*)<sup>20</sup>, che si applicano alle “banche di investimento” incorporate nel Regno Unito e che detengono attività dei clienti. Tali istituti sono anche autorizzati: alla tutela e gestione degli investimenti; all’investimento in quanto proprietari o agenti; alla gestione di fondi di investimento; all’azione in qualità di *trustees* o depositari di tali fondi.

In questi casi l’*administrator* è nominato per mezzo di un’ordinanza giudiziale denominata *investment bank special administration order*. Può essere nominato un individuo competente ad agire in veste di curatore fallimentare e che abbia prestato il proprio consenso. Tale *administrator* può intraprendere qualsiasi azione necessaria o che favorisca il perseguimento degli obiettivi dell’amministrazione speciale.

L’*administrator* è da ritenersi un agente della corte. Il suo comportamento può essere contestato se agisce, abbia agito o si proponga di agire in maniera talmente ingiusta da pregiudicare gli interessi del ricorrente (che può intentare ricorso individualmente o congiuntamente agli altri creditori od ai membri della società in amministrazione). Il creditore o il socio della società in amministrazione può anche intentare ricorso qualora ritenga che l’*administrator* non stia svolgendo le proprie funzioni nella maniera più celere o efficiente ragionevolmente praticabile. Possono agire in giudizio anche la FCA, per conto dei membri della società, dei creditori e dei clienti, nonché la PRA e gli stessi clienti della società.

Inoltre, le *Regulations* stabiliscono che, a meno che tali azioni comportino una diminuzione del valore dei beni di proprietà della banca di investimenti, l’*administrator* è tenuto a collaborare con gli organi della *governance* del mercato britannico, in particolare fornendo tempestivamente informazioni o documentazione relativa alla banca di investimento in questione, nonché consentire l’accesso alle strutture, al personale e agli uffici della banca di investimento. Se l’*administrator* non si conforma a queste richieste, l’omissione può essere contestata in sede giudiziaria dalla *Bank of England*, dal Tesoro, dalla FCA o da altri organi della *governance* del mercato.

---

<sup>19</sup> *Sections 232 ss., Banking Act 2009.*

<sup>20</sup> Aggiornate da ultimo dalle *Investment Bank (Amendment of Definition) and Special Administration (Amendment) Regulations 2017*, S.I. 2017 No. 443.

Anche in questo caso, il giudice può accogliere il ricorso, respingerlo, sospendere la relativa udienza (con o senza condizioni), emanare una ordinanza *ad interim* o adottare ogni altra misura ritenuta opportuna. In particolare, il giudice può disciplinare le modalità con cui l'*administrator* svolge le proprie funzioni, obbligarlo ad agire o a non agire in un determinato modo e disporre la cessazione dall'incarico.

L'*administrator* può anche essere citato in giudizio per *misfeasances*, per uso o trattenimento scorretto dei fondi o altri beni di proprietà della società in amministrazione, per aver acquisito illecitamente fondi o altri beni della società, per aver violato obblighi fiduciari o di altra natura rispetto alla società.

Il ricorso per *misfeasance* può essere presentato dall'eventuale curatore fallimentare, da un successivo *administrator* della società, dal liquidatore, da un creditore o da un azionista. Possono agire in giudizio anche la FCA ed i clienti della società.



# SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

## 1. Introduzione

Le misure di sospensione temporanea degli organi di amministrazione degli enti di credito e di nomina di uno o più *administradores provisionales* sono state introdotte nell'ordinamento spagnolo ad opera del regio decreto-legge n. 5/1978, del 6 marzo, che ha novellato al riguardo le competenze della Banca di Spagna. Queste hanno trovato successivamente una più compiuta disciplina nella legge n. 26/1988, del 29 luglio, sulla disciplina e sull'intervento degli enti di credito (abrogata), e nella legge n. 9/2012, del 14 novembre, sulla ristrutturazione e risoluzione degli enti di credito<sup>1</sup> (oggi parzialmente in vigore).

Nel procedimento di formazione della legge n. 9/2012 sono stati presi in considerazione i lavori preparatori della direttiva 2014/59/UE, del 15 maggio 2014, del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. *Bank Recovery and Resolution Directive*, in avanti, BRRD). Tuttavia, la BRRD è stata formalmente recepita con la legge n. 11/2015, del 18 giugno, sul recupero e sulla risoluzione degli enti di credito e di imprese di servizi di investimento<sup>2</sup>, che ha novellato le norme del 2012 e la legge n. 10/2014, del 26 giugno, sull'ordinamento, la supervisione e la solvibilità degli enti di credito<sup>3</sup>.

Attualmente, le principali fonti di disciplina dell'*administración provisional* sono le leggi nn. 10/2014 e 11/2015 nonché il regolamento di attuazione di quest'ultima, contenuto nel regio decreto n. 1012/2015, del 6 novembre<sup>4</sup>.

Come si avrà modo di constatare, la mancanza di un testo unico crea rilevanti problemi interpretativi sullo *status* giuridico degli *administradores provisionales* e sulla loro responsabilità, problemi su cui gli organi giurisdizionali non si sono pronunciati. Trattasi inoltre di un tema che ha ricevuto un'attenzione minoritaria dalla dottrina spagnola<sup>5-6</sup>, che tuttavia non ha mancato di evidenziare talune

---

<sup>1</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/11/14/9/con>.

<sup>2</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/06/18/11/con>.

<sup>3</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/06/26/10/con>.

<sup>4</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/rd/2015/11/06/1012/con>.

<sup>5</sup> Finora l'attenzione prevalente si è rivolta alla responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo degli enti di credito e all'esercizio dei poteri di ispezione, supervisione e sanzione delle autorità di supervisione.

disfunzionalità (quando non veri e propri errori di recepimento)<sup>7</sup> derivanti dalla disciplina unitaria delle misure di intervento e di sostituzione degli organi di amministrazione degli enti di credito.

## **2. L'administración provisional nella legge n. 10/2014 sull'ordinamento, la supervisione e la solvibilità degli enti di credito**

### **2.1. Il regime giuridico della nomina**

Il capitolo V del Titolo III della legge n. 10/2014 è dedicato alle misure di intervento e di sostituzione.

Ai sensi dell'art. 70, comma 1, si fa luogo all'intervento di un ente creditizio oppure alla sostituzione provvisoria dell'organo di amministrazione o, ancora, di uno o più dei suoi membri in tre ipotesi:

a) nei casi previsti dalla legge n. 11/2015 (v. *infra* 3.1. e 3.2.);

b) quando esistano indizi fondati sul fatto che l'ente di credito si trova in una situazione diversa da quelle previste dalla legge n. 11/2015, ma di eccezionale gravità e che può mettere in pericolo la sua stabilità, liquidità o solvibilità<sup>8</sup>;

c) quando si acquisisca una partecipazione significativa di un ente di credito senza rispettare quanto previsto dalla legge n. 10/2014 o quando vi siano ragioni, fondate e comprovate, per ritenere che l'influenza esercitata dai suoi possessori possa compromettere una gestione sana e prudentiale dell'ente, danneggiando gravemente la sua situazione finanziaria.

Non si esige l'esercizio del potere sanzionatorio (art. 70, comma 2).

---

<sup>6</sup> V., per tutti, E. M. POLO SÁNCHEZ, *La sustitución del órgano de administración de los bancos: Los administradores provisionales*, in *Derecho de los negocios*, 1994, 41, 1-10. Il testo, che affronta la questione da una prospettiva giusprivatistica, offre ancora interessanti spunti di riflessione poiché le leggi in vigore ripropongono contenuti risalenti alla legge del 1988.

<sup>7</sup> V. J. L. COLINO MEDIAVILLA – M. R. FREIRE COSTAS, *La actuación Temprana*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 137, 2015, 175-218, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/35552/>; J. L. COLINO MEDIAVILLA, *La confusa regulación de la incidencia de la actuación temprana en los órganos sociales de un banco*, in *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 147, luglio-settembre 2017, 177-196.

<sup>8</sup> V., ad esempio, la *resolución* della Banca di Spagna del 10 marzo 2015, riguardante il Banco de Madrid S.A., [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2627](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2627).

L'adozione della misura di intervento o di sostituzione spetta alla Banca di Spagna<sup>9</sup> (art. 71), di ufficio o su richiesta giustificata dell'ente di credito, attraverso i suoi amministratori o l'organo di controllo interno oppure da una minoranza di soci equivalente a quella autorizzata per convocare un'assemblea o una *Junta General* straordinaria.

Prima dell'approvazione della misura, la Banca di Spagna deve informare delle sue ragioni il Ministro dell'economia ed il *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria* (FROB), autorità nazionale di risoluzione spagnola<sup>10</sup>.

Inoltre, l'ente interessato è sentito entro un termine non inferiore a cinque giorni. L'udienza potrà essere omessa quando la misura sia stata richiesta dall'ente stesso oppure quando comprometta gravemente la sua effettività o gli interessi economici<sup>11</sup>. In questa eventualità, può presentarsi un ricorso gerarchico al Ministero dell'economia, che dovrà pronunciarsi entro un termine di dieci giorni (art. 72 in combinato disposto con l'art. 2, comma 2, della legge n. 13/1994, del 1° giugno, sull'autonomia della Banca di Spagna)<sup>12</sup>.

L'*acuerdo* di intervento o di sostituzione della Banca di Spagna diventa immediatamente esecutivo e produce effetti nei confronti di terzi dalla data della sua pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado*; inoltre, deve essere iscritto nei rilevanti registri pubblici (art. 73).

---

<sup>9</sup> Che presenta annualmente una *Memoria de supervisión* alle *Cortes Generales* (art. 79). V. <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/informes-y-memorias-anuales/memoria-de-supervision/>.

<sup>10</sup> Il FROB è un ente pubblico, creato nel 2009, con un regime giuridico molto particolare per i poteri di natura amministrativa e commerciale che gli spettano. Sulla sua evoluzione v. J. PONCE HUERTA, *El FROB en la reestructuración del sistema bancario español. Evolución tras una década de actividad (2009-2019) y consideraciones para la Unión Bancaria*, in *Revista de estabilidad financiera*, n. 36, 2019, 25-46, [https://www.bde.es/ffwebbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/19/mayo/Revista\\_EF\\_36\\_Primavera.pdf](https://www.bde.es/ffwebbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/19/mayo/Revista_EF_36_Primavera.pdf).

<sup>11</sup> La *sala* del contenzioso-amministrativo del Tribunale supremo, con sentenza del 14 marzo 2006 (ric. n. 624/2002), riguardante la nomina degli *administradores provisionales* del Banco Español de Crédito S.A. (BANESTO), ha escluso che l'omissione dell'udienza (prevista allora negli stessi termini dall'art. 33 della legge n. 26/1988) fosse illegittima perché non si trattava di un procedimento sanzionatorio, ma di un procedimento di natura preventiva, volto a evitare un grave danno al sistema bancario e all'economia nazionale. Il Tribunale supremo ha respinto la richiesta di adire la giurisdizione costituzionale al riguardo. Inoltre, ha precisato che la legge riconosce il diritto di essere sentito solo all'ente e non ai membri del consiglio di amministrazione. V. <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/804cf70655343d45/20060420>.

<sup>12</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/06/01/13/con>.

L'atto di nomina deve indicare: la persona o persone designate per l'incarico di *interventor* o *administrador provisional*<sup>13</sup>; se l'attività degli *administradores provisionales* è solidale o congiunta; se l'intervento presuppone la sostituzione dell'organo di amministrazione o di alcuno o alcuni dei suoi membri; e se l'amministratore provvisorio può esercitare le sue funzioni in collaborazione con l'organo di amministrazione. Potrà essere successivamente modificato, in forma motivata e nel rispetto del procedimento sopra illustrato.

Per quanto riguarda il regime di impugnazione dell'atto di nomina<sup>14</sup>, è possibile presentare un ricorso gerarchico al Ministero dell'economia (art. 2, comma 2, della legge n. 13/1994, del 1° giugno, sull'autonomia della Banca di Spagna). Esaurita la via amministrativa, si può adire la *sala* del contenzioso-amministrativo dell'Udienza nazionale (quarta disposizione aggiuntiva della legge n. 29/1998, del 13 luglio, regolatrice della giurisdizione contenzioso-amministrativa<sup>15</sup>).

## **2.2. Le azioni di responsabilità nei confronti degli *administradores provisionales***

Il legislatore riconosce in capo alla Banca di Spagna un'ampia libertà di azione riguardo alla struttura e alla composizione dell'organo di amministrazione, omettendo di pronunciarsi sulla natura del suo rapporto con gli *administradores provisionales*<sup>16</sup>.

L'art. 75, comma 1, della legge n. 10/2014 estende agli *administradores provisionales* quanto previsto dall'art. 74, comma 1, secondo cui tutti gli atti e le decisioni di qualsiasi organo dell'ente di credito successivi alla pubblicazione

---

<sup>13</sup> Per la nomina si esigono requisiti di capacità, qualificazione professionale e conoscenze adeguate per l'incarico; si richiede altresì che non sussista un conflitto di interesse (tuttavia agli *administradores provisionales* non si applica il regime di incompatibilità di cui all'art. 26). Il regio decreto n. 84/2015, del 13 febbraio, recante il regolamento di attuazione della legge n. 10/2014, contiene ulteriori dettagli sui requisiti di onorabilità professionale, formazione e competenza (v. gli artt. da 30 a 32 in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-1455>).

<sup>14</sup> Non si ha contezza di casi di annullamento in via amministrativa o giudiziaria dell'*acuerdo* di nomina di *administradores provisionales*.

<sup>15</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>.

<sup>16</sup> Che potrebbe non essere sempre dello stesso tipo, considerato che nulla vieta che la Banca di Spagna possa optare nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica per la nomina di un privato, di un funzionario oppure di un altro ente pubblico come il FROB. In astratto ci possiamo chiedere se – e in quali casi – l'*administrador provisional* agisce in qualità di delegato della Banca di Spagna, un'ipotesi che non può considerarsi avventata dal momento in cui è previsto che l'atto di nomina deve delimitare la portata ed i limiti delle loro mansioni (v. anche *infra* 3.1.).

dell'*acuerdo* di nomina della Banca di Spagna devono essere approvati dagli *interventores*. È prevista una sola eccezione, riguardante l'esercizio delle azioni o dei ricorsi avverso la misura di intervento o l'operato degli *interventores*.

Dalle anzidette disposizioni si desume l'applicazione integrale<sup>17</sup> agli *administradores provisionales* del regime ordinario sulla responsabilità degli amministratori previsto dal capitolo V del Titolo VI del regio decreto legislativo n. 1/2010, del 2 luglio, recante il *texto refundido* della legge sulle società di capitale<sup>18</sup>.

Il *texto refundido* della legge sulle società di capitale prevede:

i) che gli amministratori rispondono nei confronti della società, dei soci e dei creditori sociali dei danni causati per i loro atti od omissioni contrari alla legge o agli statuti o, ancora, dei danni derivati dai doveri inerenti alla carica, purché vi sia dolo o colpa (art. 236, comma 1); la colpevolezza si presume, tranne prova contraria, quando l'atto sia contrario alla legge o agli statuti della società; inoltre, la responsabilità è – di regola – di natura solidale (con eccezioni nell'art. 237);

ii) il promovimento dell'azione sociale<sup>19</sup> di responsabilità comporta, come nei casi di rinuncia e transazione, la destituzione degli amministratori (art. 238, comma 3); c'è quindi il rischio che l'azione sociale possa essere proposta per ostacolare la misura di sostituzione della Banca di Spagna; tuttavia, poiché la legge n. 10/2014 le riconosce il monopolio della nomina fino al momento in cui decide di porre fine alla misura di sostituzione, i nuovi *administradores provisionales* potranno essere nominati solo da questa<sup>20</sup>;

iii) che spetta ai soci e a terzi l'esercizio dell'azione individuale nei confronti di atti degli amministratori che ledano direttamente i loro interessi (art. 241)<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Diversamente da quanto previsto per gli atti del FROB emanati nell'esercizio delle sue *facultades mercantiles* (v. *infra* 3.3.).

<sup>18</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>.

<sup>19</sup> Sulla legittimità per promuovere l'azione, v. gli artt. 238-240 del regio decreto legislativo n. 1/2010, del 2 luglio, recante il *texto refundido* della legge sulle società di capitale.

<sup>20</sup> Cfr. E. M. POLO SÁNCHEZ, *La sustitución del órgano de administración de los bancos: Los administradores provisionales*, cit., 5-6.

<sup>21</sup> L'art. 241 è la manifestazione in ambito societario della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 1902 del Codice civile. Secondo il Tribunale supremo: i) l'articolo esige un comportamento attivo o passivo dagli amministratori; ii) tale comportamento deve essere imputabile all'organo di amministrazione in quanto tale; iii) la condotta dell'amministratore deve essere antigiuridica nel senso che viola la legge o gli statuti o non rispetta lo *standard* di diligenza e di lealtà; iv) la condotta antigiuridica, colposa o negligente, deve essere suscettibile di produrre un danno; v) il danno è inferto al terzo, non si richiede che sia lesivo per gli interessi della società;

### **3. L'*administración provisional* nella legge n. 11/2015 sul recupero e sulla risoluzione degli enti di credito e di imprese di servizi di investimento**

#### **3.1. La sostituzione degli amministratori nell'ambito dell'intervento precoce**

L'art. 9, comma 2, paragrafo *j*, e l'art. 10 della legge n. 11/2015 prevedono che il supervisore competente – la Banca di Spagna (oppure la Banca Centrale Europea) – possa adottare la misura di intervento o di sostituzione dell'organo di amministrazione o di uno o più dei suoi membri quando esista un deterioramento significativo della situazione finanziaria dell'ente, o quando si siano violate gravemente disposizioni previste dalla legge, dal regolamento o dagli statuti o, ancora, quando esistano gravi irregolarità amministrative e le misure di intervento precoce (elencate dall'art. 27) siano insufficienti<sup>22</sup>. Si seguirà il procedimento previsto nella legge n. 10/2014, con le specialità contemplate nel capitolo II della legge n. 11/2015 (sull'intervento precoce).

La durata dell'intervento o della sostituzione è annuale (art. 10, comma 2)<sup>23</sup> ma, eccezionalmente, può essere prorogata con decisione motivata se si mantengono le circostanze che hanno portato alla nomina degli *administradores provisionales*.

Il supervisore competente può destituire l'*administrador provisional* in qualsiasi momento (art. 23, comma 5, del regio decreto n. 1012/2015, recante il regolamento di attuazione della legge n. 11/2015).

Inoltre, l'art. 24 del regolamento esige che il supervisore competente specifichi le competenze e le funzioni dell'*administrador provisional* nell'atto di nomina o, a seconda dei casi, di modifica delle condizioni della sostituzione. Il contenuto

---

vi) ci deve essere una relazione di causalità tra la condotta anti-giuridica dell'amministratore e il danno diretto al terzo. V., di recente, la sentenza della *sala* civile del Tribunale supremo del 10/12/2020 (ric. n. 2877/2018), FD 5, <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/803ab8c84ed555b8/20201218>.

<sup>22</sup> Dalla lettera della disposizione sembra che il legislatore spagnolo richieda la previa adozione delle anzidette misure, tuttavia l'Autorità bancaria europea (ABE) ritiene che la BRRD non lo esiga (v. la risposta dell'11/11/2016 alla Question ID 2015\_2108, [https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2015\\_2108](https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2015_2108)).

<sup>23</sup> La BRRD prevede invece la durata massima di un anno. Su questa ed altre questioni controverse riguardanti l'intervento precoce, v., di recente, J. L. COLINO MEDIAVILLA, *¿Puede aplicarse eficazmente la intervención temprana en la crisis de las entidades de crédito?*, in *Revista de derecho mercantil*, n. 316, aprile-giugno 2020, 99-142.

minimo dell'atto deve comprendere: *a)* le competenze dell'*administrador provisional*, proporzionate alla situazione dell'ente e che possono comprendere alcuni o tutti i poteri dell'organo di amministrazione, ivi compresa la facoltà di realizzare funzioni amministrative; *b)* le sue funzioni<sup>24</sup> e gli eventuali limiti; *c)* nel caso in cui questi debba collaborare temporaneamente con l'organo di amministrazione, i termini di tale collaborazione, specificando quali decisioni dovranno essere consultate o approvate da questi; e *d)* gli atti dell'*administrador provisional* che devono essere sottoposti all'approvazione del supervisore competente (fermo restando che questi non può convocare l'assemblea generale degli azionisti né fissare i punti dell'ordine del giorno senza l'approvazione del supervisore competente).

Il supervisore competente può chiedere dall'*administrador provisional*, con la periodicità che ritenga opportuna (e comunque a fine mandato), dei rendiconti sulla situazione finanziaria dell'ente e sul suo operato.

### **3.2. La sostituzione degli amministratori in fase di risoluzione**

Quando il supervisore competente prende la decisione di aprire il procedimento di risoluzione, l'art. 22 della legge n. 11/2015 prevede che il FROB<sup>25</sup> debba<sup>26</sup> provvedere: *i)* alla sostituzione dell'organo di amministrazione dell'ente di credito e dei direttori generali o assimilati e *ii)* alla nomina delle persone fisiche o giuridiche che, in suo nome e sotto il suo controllo, eserciteranno la funzione di amministratore speciale. A loro spettano tutti i poteri legali o statutari della *Junta* o dell'assemblea generale necessari per l'esercizio delle competenze in materia di risoluzione<sup>27</sup> e, in caso di conflitto, l'esercizio dei poteri di risoluzione prima su

---

<sup>24</sup> Tra cui quelle di stabilire quale sia la situazione finanziaria dell'ente; di gestire in tutto o in parte la sua attività per preservarne o ripristinare la situazione finanziaria precedente alla crisi; e di adottare le misure volte a ripristinare una gestione sana e prudente della sua attività.

<sup>25</sup> La nomina del FROB come *administrador provisional* era contemplata inizialmente dall'art. 7, comma 2, nel regio decreto-legge n. 9/2009, del 26 giugno, sulla ristrutturazione bancaria e sul rafforzamento delle risorse proprie degli enti di credito (abrogato nel 2012).

<sup>26</sup> Si tratta di un imperativo di legge. V. la sentenza della *sala* del contenzioso-amministrativo dell'Udienza nazionale del 13 ottobre 2016 (ric. n. 345/2014), riguardante la sostituzione dell'organo di amministrazione della Caja Rural Comarcal de Mota del Cuervo, S.C.L.C.A., in <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20d34e3fec5249b/20161108>.

<sup>27</sup> Tra cui un aumento di capitale, la riorganizzazione della struttura del capitale dell'ente o la partecipazione di enti finanziariamente e organizzativamente sani. V. anche l'art. 33 del regio decreto n. 1012/2015, dove si stabilisce il loro dovere di eseguire le azioni di risoluzione in conformità alla decisione dell'autorità competente di risoluzione.

qualsivoglia altro dovere od obbligo previsto dagli statuti o dalla legislazione applicabile<sup>28</sup>.

In via di eccezione, il FROB può non provvedere alla sostituzione in quei casi straordinari in cui, per la composizione dell'azionariato o dell'organo di amministrazione, sia necessario mantenere quest'ultimo per garantire un adeguato procedimento di risoluzione<sup>29</sup>.

Le decisioni del FROB sono pubblicate nel *Boletín Oficial del Estado* e nei registri pubblici e anche in questo caso la misura, di norma, ha durata annuale e può essere prorogata.

### **3.3. Le specialità riguardanti i ricorsi avverso le decisioni e gli atti emanati nei procedimenti di intervento precoce e di risoluzione**

Quando il Consiglio di Stato ha reso il suo parere<sup>30</sup> sul progetto che sarebbe diventato la legge n. 11/2015, ha espresso alcune perplessità riguardo all'art. 10 (redatto negli stessi termini della versione definitiva). L'organo consultivo osservava che il legislatore non aveva fatto uso della possibilità dell'art. 29, comma 9, BRRD di limitare "in conformità con il diritto nazionale" la responsabilità degli *administradores provisionales*. Inoltre, faceva notare che il capitolo V del Titolo III della legge n. 10/2014 non prevede alcuna limitazione di responsabilità, per cui suggeriva di considerare la possibilità di introdurre una norma con valore di legge che limitasse le responsabilità degli *administradores provisionales*.

Il capitolo VIII della legge n. 11/2015, dedicato al regime processuale, è stato introdotto con emendamento<sup>31</sup>. L'art. 71 contiene alcune specialità processuali

---

<sup>28</sup> La disposizione recepisce quanto stabilito nell'art. 35, comma 3, della BRRD e comporta *de facto* una prima limitazione materiale delle possibilità di difesa degli azionisti dell'ente di credito interessato.

<sup>29</sup> Com'è successo per il Banco Popolar, caso in cui il supervisore competente non era la Banca di Spagna ma il Comitato di risoluzione unico (SRB). La *resolución* del 7 giugno 2017 del FROB ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-7580](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-7580)), che attua la decisione europea, non contemplava la sostituzione dell'organo di amministrazione, a cui avrebbe provveduto immediatamente il Banco de Santander, suo nuovo proprietario.

<sup>30</sup> V. il *dictámen* n. 77/2015, del 19/02/2015, sull'*Anteproyecto de ley de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de servicios de Inversión*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-77>.

<sup>31</sup> V. l'emendamento n. 51 del Gruppo parlamentare popolare, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, serie A, n. 136-2, del 28/04/2015,



riguardanti le *facultades mercantiles* del FROB, tra cui si annoverano quelle che esercita quando assume la condizione di organo di amministrazione dell'ente di credito (art. 63). L'art. 71 prevede:

i) al comma 1, che gli atti commerciali del FROB contrari alla legge possono essere impugnati con i procedimenti previsti per l'impugnazione degli *acuerdos* societari<sup>32</sup>, entro quindici giorni<sup>33</sup> dalla pubblicazione;

ii) al comma 2, che gli azionisti, i soci, gli obbligazionisti, i creditori o qualsiasi altro terzo che ritenga che i suoi diritti e interessi legittimi sono stati lesi dalle decisioni adottate dal FROB in qualità di amministratore (direttamente o tramite le persone fisiche o giuridiche che lo rappresentano) possono chiedere il risarcimento del danno subito in conformità con quanto previsto dall'art. 241 del regio decreto legislativo n. 1/2010, del 2 luglio, recante il *texto refundido* della legge sulle società di capitale (l'azione individuale per dolo o colpa, v. *supra* 2.2.)<sup>34-35</sup>; lo stesso comma 2 esclude poi che l'azione sociale di responsabilità

---

32-34, [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-136-2.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-136-2.PDF). Nella giustificazione dell'emendamento si faceva riferimento alla necessità di introdurre disposizioni già contemplate nel capitolo IX dalla legge n. 9/2012 e dalla BRRD. L'omissione iniziale sarebbe stata quindi frutto di una "dimenticanza".

<sup>32</sup> V. gli artt. 204-208 e 251 della legge sulle società di capitali. L'azione può essere promossa da soci, amministratori o terzi con un interesse legittimo nei confronti di atti contrari alla legge, che si oppongono agli statuti o al regolamento della *Junta* della società o ledano l'interesse sociale a beneficio di uno o più soci o di terzi. Quindi, quando concorre una causa di nullità.

<sup>33</sup> Il termine è assai ristretto rispetto a quello ordinario di un anno (art. 205, comma 1, del regio decreto legislativo n. 1/2010, del 2 luglio, recante il *texto refundido* della legge sulle società di capitale).

<sup>34</sup> La dottrina ritiene che i criteri per valutare la responsabilità dovranno essere modulati dagli organi giurisdizionali perché, a differenza dell'amministratore ordinario, la legge impone al FROB di agire nell'interesse pubblico, nel contesto di una situazione di crisi dell'ente di credito con rilevanza amministrativa, per cui può essere inevitabile che restino in subordine i doveri normali di lealtà e diligenza alla base di una "normale" azione individuale nei confronti dell'amministratore o amministratori di una società di capitali. V., per tutti, A. J. TAPIA HERMIDA – J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)*, WP de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, n. 84, febbraio 2014, 10-11, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/24499/>.

<sup>35</sup> Il 14 gennaio 2014, la Banca di Spagna aveva nominato il FROB *administrador provisional* della Caja Rural Comarcal de Mota del Cuervo, S.C.L.C.A. L'Asociación Plataforma Queremos Nuestra Caja aveva impugnato la legittimità della sostituzione dell'organo di amministrazione e degli atti del FROB. La *sala* del contenzioso-amministrativo dell'Udienda nazionale, con sentenza del 13 ottobre 2016, ha dichiarato – senza entrare nel merito – che non si riteneva competente per giudicare gli atti del FROB nell'esercizio di competenze commerciali (cioè, in qualità di amministratore o nell'esercizio di competenze dell'assemblea della società), su cui, se del caso, si sarebbe dovuta pronunciare la giurisdizione civile o commerciale (v. il FD 5). V. anche A. O. CÁMARA LARGO, *Banco Popular: La segunda resolución bancaria tiene un desconocido antecedente*, in *La Ley mercantil*, n. 40, ottobre 2017, 10 ss.

(artt. 239 e 240 del regio decreto legislativo n. 1/2010) possa essere esercitata nei confronti delle attuazioni delle autorità di supervisione, delle autorità di risoluzione preventiva o del FROB nell'ambito di un procedimento di intervento precoce<sup>36</sup> o di risoluzione dell'ente; la limitazione sembra obbedire al fatto che, in tali situazioni, l'interesse della società è subordinato all'interesse generale di risanamento bancario e del sistema finanziario; al contempo, sembra presumere che il FROB-amministratore non possa danneggiare il patrimonio sociale, ma solo il patrimonio privato dei soci o dei terzi;

*iii*) nel comma 3, che i procedimenti iniziati devono essere sospesi se si impugna dinanzi alla giurisdizione contenzioso-amministrativa l'atto amministrativo che dà copertura alle decisioni di natura commerciale del FROB.

A sua volta, l'art. 72, comma 2, della legge n. 11/2015 stabilisce che gli atti e le decisioni del supervisore e delle autorità di risoluzione competenti emessi nell'ambito dei procedimenti di intervento precoce e delle fasi preventive ed esecutive della risoluzione pongono fine alla via amministrativa e possono essere impugnati davanti alla *sala* del contenzioso-amministrativo dell'Udienza nazionale<sup>37</sup>. La valutazione che accompagna gli atti e le decisioni del supervisore e delle autorità di risoluzione competenti non può essere oggetto di un ricorso separato, ma può essere impugnata solo nei ricorsi esperiti contro tali atti e decisioni. Quando non sia contestata, sarà utilizzata dal giudice come base per la propria valutazione degli atti o delle decisioni che sono oggetto del ricorso contenzioso-amministrativo.

Nell'esercizio degli atti e delle competenze di risoluzione, le autorità di risoluzione competenti possono chiedere, e il giudice competente deve sospendere, per il periodo di tempo necessario a garantire l'effettività dell'oggetto perseguito, qualsiasi azione legale o procedimento in cui l'ente sottoposto a risoluzione sia parte (art. 72, comma 4).

La dottrina è molto critica nei confronti di queste e delle restanti disposizioni del capitolo VIII della legge n. 11/2015. Oltre ad aver rilevato importanti errori di tecnica legislativa, ritiene che le specialità previste, considerate globalmente e messe in relazione con gli esorbitanti poteri amministrativi e commerciali del

---

Non constano casi in cui la giurisdizione contenzioso-amministrativa si sia pronunciata sulla portata delle restrizioni riguardanti il controllo delle *funciones mercantiles* del FROB.

<sup>36</sup> Il riferimento all'intervento precoce non era previsto nell'art. 71, comma 2, della legge n. 9/2012. Si tenga conto, però, che le fattispecie dell'*administración provisional* non si esauriscono nei casi di sostituzione decisi nell'ambito dell'intervento precoce e della risoluzione.

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 72, comma 3, questi procedimenti hanno carattere prioritario.

FROB, restringono illegittimamente l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24, comma 1, Cost.)<sup>38</sup>, al punto che alcuni autori parlano di una vera e propria "blindatura" del FROB<sup>39</sup>. Il Tribunale costituzionale non ha avuto ancora occasione di pronunciarsi sulla legittimità dei poteri del FROB né sulle specialità del regime processuale, ed è difficile prevedere fino a che punto potrebbe spingersi nel sancirne l'illegittimità, considerando che l'art. 24, comma 1, Cost. è un diritto fondamentale c.d. di configurazione legale e il legislatore ha previsto le anzidette limitazioni in procedimenti molto complessi effettuati da autorità amministrative indipendenti e connotati da urgenza e eccezionalità.

#### **4. Cenni sulla responsabilità patrimoniale delle autorità di supervisione**

La giurisdizione contenzioso-amministrativa è stata adita in alcuni casi in merito alla responsabilità patrimoniale della Banca di Spagna per atti emanati nell'esercizio della funzione di supervisione che comprendevano, tra le altre misure, la sostituzione degli amministratori di enti di credito in crisi.

L'art. 106, comma 1, Cost. stabilisce che, "[n]ei termini stabiliti dalla legge, i privati avranno diritto a essere indennizzati per qualunque lesione nei loro beni e diritti, salvo nei casi di forza maggiore, sempre che la lesione sia conseguenza del funzionamento dei pubblici esercizi"<sup>40</sup>. In attuazione della disposizione costituzionale, l'art. 32, comma 1, della legge n. 40/2015, del 1° ottobre, sul

---

<sup>38</sup> V., per tutti, M. L. LARA ORTIZ, *Los límites de la tutela judicial efectiva al impugnar las decisiones de la autoridad de resolución bancaria Española*, in *Zeszyty Naukowe KUL (Studies on Values in Central and Eastern Europe)*, vol. 60(3), 2017, 325-347, <https://czasopisma.kul.pl/zkul/article/view/11275>.

<sup>39</sup> Cfr. A. J. TAPIA HERMIDA – J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)*, cit., 9.

<sup>40</sup> Per una prima informazione su questo tema, v., per tutti, J. LEGUINA VILLA – M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Artículo 106.2. La responsabilidad de la Administración Pública*, in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER – M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*, vol. II, BOE e Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 517-536, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_2). Sul dibattito riguardante il superamento (o meno) del modello di responsabilità oggettiva, v., di recente, O. MIR PUIGPELAT, *La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración*, in *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, 29-47, <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>; J. C. CASSAGNE, *Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado*, in *Revista de Administración Pública*, n. 214, 2021, 11-42, <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>.

regime giuridico del settore pubblico<sup>41</sup>, stabilisce che i privati hanno diritto ad essere indennizzati dalle pubbliche amministrazioni di ogni lesione a uno qualunque dei loro beni e diritti, purché la lesione sia la conseguenza del funzionamento normale o anomalo dei servizi pubblici, tranne in casi di forza maggiore o di danni che il singolo sia tenuto a sopportare conformemente alla legge. Inoltre, l'art. 35 dispone che, "quando le pubbliche amministrazioni agiscano, direttamente o attraverso un ente di diritto privato, in rapporti di tale natura, la loro responsabilità sussisterà conformemente a quanto previsto dagli artt. 32 ss., anche quando concorra con soggetti di diritto privato o quando la responsabilità sussista direttamente in capo all'ente di diritto privato attraverso la quale agisce l'amministrazione o l'ente che copra la sua responsabilità"<sup>42</sup>.

Di regola, l'azione di responsabilità patrimoniale si promuove direttamente nei confronti dell'amministrazione<sup>43</sup>, fermo restando il diritto di rivalsa di questa in caso di dolo, colpa o negligenza grave, come previsto, in generale, dall'art. 36, comma 2, della legge n. 40/2015 e, in particolare, dall'art. 25 del regolamento interno della Banca di Spagna<sup>44</sup>.

Il Consiglio di Stato, in pareri recenti<sup>45</sup> sulla responsabilità patrimoniale della Banca di Spagna derivata dall'esercizio delle funzioni di supervisione di cui

---

<sup>41</sup> Il testo consolidato è reperibile alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40/con>. V. anche gli artt. 65, 67, 81, 91 e 92 della legge n. 39/2015, del 1° ottobre, sul procedimento amministrativo comune delle pubbliche amministrazioni, in <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>.

<sup>42</sup> Basandosi proprio su questa disposizione alcuni autori si chiedono fino a che punto gli organi della giurisdizione contenzioso-amministrativa possono essere estromessi dal controllo di *facultades mercantiles* del FROB. Sulle basi teoriche di questa posizione, v. M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, *La responsabilidad de los reguladores bancarios en el ejercicio de sus potestades de ordenación y supervisión*, in J. C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ – J. L. COLINO MEDIAVILLA (dirs.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, La Ley, Madrid, 2020, 121-152.

<sup>43</sup> Fanno eccezione i casi di responsabilità penale del dipendente pubblico e di responsabilità civile derivata da delitto (art. 37, comma 1, della legge n. 40/2015).

<sup>44</sup> L'art. 25 prevede, tra le altre cose, che la Banca di Spagna risarcirà direttamente i privati per qualsiasi danno subito nei loro beni e diritti causato dalle autorità e dal personale al suo servizio nell'esercizio delle funzioni e dei poteri sancito dalle leggi. La responsabilità patrimoniale diretta comprende i danni causati dalle sue autorità o dai suoi impiegati nell'esercizio delle funzioni di intervento, di sostituzione di amministratori o di liquidazione negli enti sottoposti a vigilanza. Nei casi in cui la Banca di Spagna abbia risarcito direttamente i danneggiati, a prescindere dal tipo di procedimento giurisdizionale, richiederà d'ufficio alle sue autorità e ai suoi dipendenti la restituzione di qualsiasi responsabilità in cui siano incorsi per dolo, colpa o negligenza grave. V. la risoluzione del 28 marzo 2000, del Consiglio di governo della Banca di Spagna, reperibile alla pagina [https://www.boe.es/eli/es/res/2000/03/28/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/2000/03/28/(1)/con).

<sup>45</sup> V. l'*expediente* n. 143/2021, del 6 maggio 2021, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-143>.

all'art. 7, comma 6, della legge n. 13/1994, del 1° giugno, sull'autonomia della Banca di Spagna, rammenta che i requisiti per un'eventuale dichiarazione della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione sono: l'esistenza di un fatto, azione o omissione imputabile all'amministrazione; la produzione di un danno effettivo, valutabile economicamente ed individualizzato; che l'attore non abbia obbligo giuridico di sopportarlo e l'esistenza di un nesso causale diretto e immediato tra questo fatto, azione o omissione e il suddetto danno, senza l'intervento di elementi estranei che possano influenzare il nesso causale né, in particolare, l'esistenza di forza maggiore. Inoltre, ha ribadito che “la responsabilità dell'organo di controllo sarà determinata dall'imputabilità del danno, in un rapporto di causalità, all'omissione di quelle azioni che esso era ragionevolmente tenuto ad adottare nell'esercizio dei poteri che la legge riconosce per l'adempimento della sua funzione oppure all'inadeguato esercizio degli stessi in considerazione delle circostanze del caso e della finalità perseguita dall'ordinamento giuridico, il che suppone una valutazione propria di un organo tecnico [...] rispetto a quella sfera di decisione, a meno che non ci sia un esercizio arbitrario o ingiustificato, errato nelle sue considerazioni di fatto o contrario alla norma [di legge]” (per tutte, sentenza della *sala* del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo del 27 gennaio 2009 – ricorso per cassazione n. 5921/2004<sup>46</sup>).

Come è stato anticipato, per ora non è stata riconosciuta la responsabilità patrimoniale della Banca di Spagna (né del FROB) in alcun caso. Se la misura di sostituzione è stata adottata nel rispetto del procedimento previsto dalle leggi (come finora è sempre accaduto)<sup>47</sup>, è molto difficile che la si ritenga idonea a

---

Nei procedimenti per responsabilità patrimoniale è previsto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato nei casi un cui la richiesta sia pari o superiore a 50.000 euro (art. 22, comma 13, della legge organica n. 3/1980, del 22 aprile, sul Consiglio di Stato, in combinato disposto con l'art. 81, comma 1, della legge n. 39/2015, del 1° ottobre, sul procedimento amministrativo comune delle pubbliche amministrazioni).

<sup>46</sup> La pronuncia del Tribunale supremo citata riguarda l'operato della *Comisión Nacional del Mercado de Valores* nel caso Gescartera, reperibile alla pagina <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/3fd740288a0a57f2/20090212>.

<sup>47</sup> V., oltre alle pronunce citate in altri parti del presente lavoro, ad esempio, le sentenze della *sala* del contenzioso-amministrativo del Tribunale supremo del 23 gennaio 2014 (ric. n. 6929/2010), riguardante la sostituzione provvisoria dell'organo di amministrazione della Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha, <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/500eea16d42d7034/20140131>); del 4 marzo 2016 (ric. n. 116/2013), sulla nomina del FROB come *administrador provisional* di CajaSur (<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f18d7e720d20bbc2/20160315>); e la sentenza della *sala* del contenzioso-amministrativo dell'Udienza nazionale del 27/03/2019 (ric. n. 827/2017), che ha respinto la richiesta di responsabilità patrimoniale alla Banca di Spagna per

generare responsabilità patrimoniale, tra gli altri motivi, per la discrezionalità tecnica della Banca di Spagna, l'indeterminatezza dei concetti giuridici da cui dipendono le sue decisioni, la complessa distribuzione di competenze di supervisione tra le autorità nazionali e dell'Unione europea e le (molto rilevanti) difficoltà di prova.