Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATA GENERALE
TAMARA ĆAPETA
presentate il 13 febbraio 2025 [1]

Causa C-687/23

D.E.
contro
Banco Santander, SA

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna)]

«Rinvio per pronuncia pregiudiziale – Direttiva 2014/59/UE – Quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi – Risoluzione di Banco Popular – Trasferimento obbligatorio di azioni senza indennizzo – Azione di nullità e di responsabilità proposta prima dell'adozione della decisione di risoluzione – Nozione di passività "maturata" – Diritto a un ricorso effettivo»

I. Introduzione

1. Il presente rinvio pregiudiziale si inserisce, ancora una volta, nella giurisprudenza seguita alla risoluzione del 7 giugno 2017 della banca spagnola Banco Popular Español S.A. (in prosieguo: il «Banco Popular») [2].

2. A seguito di detta risoluzione, numerose persone fisiche e giuridiche hanno perso i propri investimenti. Ciò ha portato a una moltitudine di controversie dinanzi ai giudici nazionali e dell'Unione.

3. Tra queste, un certo numero di cause è diretto ad ottenere una dichiarazione di nullità e il recupero di somme versate o il risarcimento del danno in ragione del mancato rispetto, da parte del Banco Popular, di determinati requisiti in materia di trasparenza e di tutela dei consumatori al momento della vendita di taluni strumenti finanziari a persone fisiche e giuridiche. In altri termini, queste azioni vertono non tanto sulla perdita di valore di detti strumenti a seguito della risoluzione, quanto piuttosto sull'eccepita illegittimità della loro sottoscrizione iniziale.

[1] Lingua originale: l'inglese.

[2] V. decisione SRB/EES/2017/08 del 7 giugno 2017 del Comitato di risoluzione unico, concernente l'adozione di un programma di risoluzione per il Banco Popular Español S.A., approvato dalla Commissione europea nella sua decisione (UE) 2017/1246 (GU 2017, L 178, pag. 15) (in prosieguo, congiuntamente: la «decisione di risoluzione»).

4. Nelle sue sentenze Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular)[3] e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II)[4], la Corte ha dichiarato che la direttiva 2014/59/UE (direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi; in prosieguo: la «BRRD»)[5] ostava alla proposizione di tali procedimenti giudiziari, nella misura in cui erano stati avviati *dopo* la data di adozione della decisione di risoluzione.

5. La novità della presente causa consiste nel fatto che la controversia oggetto del procedimento principale è iniziata *prima* che la risoluzione intervenisse. Tale circostanza comporta una differenza? Ciò, in sostanza, è quanto la Corte è chiamata a stabilire.

II. Fatti, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

6. Nel 2009 il Banco Popular effettuava un'emissione di «Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, S.A. I/2009» (in prosieguo: i «titoli subordinati I/2009»).

7. Il 3 ottobre 2009 D.E., in qualità di amministratore unico della società Lera Blava, S.L.U. (in prosieguo: la «Società»), sottoscriveva, in nome di tale società, 15 di detti titoli convertibili, per un importo complessivo di EUR 15 000.

8. Il 25 maggio 2012 D.E., sempre agendo per conto della Società, scambiava i titoli subordinati I/2009, in scadenza nel mese di ottobre 2013, con altri titoli subordinati obbligatoriamente convertibili (in prosieguo: i «titoli subordinati II/2012»). Questi ultimi in scadenza a novembre 2015.

9. Il 14 gennaio 2013 la Società assegnava la proprietà di detti titoli a D.E. come pagamento di retribuzioni ancora dovute.

10. Il 25 novembre 2015, in conformità delle condizioni della loro emissione, i titoli subordinati II/2012 venivano obbligatoriamente convertiti in azioni del Banco Popular. D.E. diveniva, pertanto, socio del Banco Popular.

11. Il 6 ottobre 2016, D.E. agiva a proprio nome contro il Banco Popular, chiedendo la dichiarazione di nullità dei titoli subordinati I/2009 e II/2012 in ragione di un errore comportante un vizio del consenso richiesto dalla normativa dell'Unione, in particolare dalla MiFID I[6], e il rimborso della somma inizialmente investita. In alternativa, D.E. chiedeva il risarcimento del danno causato dal mancato rispetto degli obblighi risultanti dalla MiFID I.

[3] Sentenza del 5 maggio 2022, Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2022:351) (in prosieguo: «Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular)»).

[4] Sentenza del 5 settembre 2024, Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II) (C-775/22, C-779/22 e C-794/22, EU:C:2024:679) (in prosieguo: «Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II)»).

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

[6] Secondo la decisione di rinvio, D.E. si basava sulla direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio (GU 2004, L 145, pag. 1) (in prosieguo: la «MiFID I»).

12. Il 31 maggio 2017 lo Juzgado de Primera Instancia (Tribunale di primo grado, Spagna) accoglieva la domanda di dichiarazione di nullità di D.E. e dichiarava nulla la sottoscrizione dei titoli subordinati I/2009 e II/2012[7]. Dal fascicolo nazionale emerge che detto giudice ha confermato che il Banco Popular non aveva effettuato una valutazione di «appropriatezza» in relazione a D.E., né come soggetto individuale, né in qualità di amministratore della Società, al fine di verificare se, nell'una o l'altra di tali posizioni, egli disponesse della competenza e dell'esperienza necessarie per comprendere i rischi insiti nei titoli convertibili di cui trattasi[8]. Il Banco Popular impugnava detta decisione dinanzi all'Audiencia Provincial (Corte provinciale, Spagna).

13. Il 7 giugno 2017 il Comitato di risoluzione unico adottava la decisione di risoluzione per il Banco Popular, che veniva approvata dalla Commissione europea lo stesso giorno.

14. Detta risoluzione comprendeva, in particolare, una combinazione dello strumento del bail-in e dello strumento per la vendita dell'attività d'impresa[9] e veniva realizzata con le modalità di seguito indicate. Anzitutto, in applicazione dello strumento del bail-in, il valore delle azioni esistenti del Banco Popular veniva ridotto a zero. Dette azioni venivano poi annullate. Allo stesso trattamento venivano assoggettate le azioni create attraverso la conversione di parte delle passività in essere del Banco Popular (passività di classe 1). Un'altra parte di dette passività in essere (passività di classe 2) veniva convertita in nuove azioni, che venivano trasferite a Banco Santander, S.A. (in prosieguo: il «Banco Santander»). Il Banco Popular veniva poi venduto al Banco Santander, parte resistente nel procedimento principale, che acquisiva tutte le rimanenti attività del Banco Popular attraverso una fusione per incorporazione che comportava l'estinzione della personalità giuridica del Banco Popular. Il Banco Santander subentrava, inoltre, al Banco Popular nella controversia del procedimento principale.

15. Il 29 marzo 2019 l'Audiencia Provincial (Corte provinciale) annullava la sentenza del giudice di primo grado con la motivazione che D.E. era anzitutto privo di legittimazione ad agire. L'azione avrebbe dovuto invece essere proposta dalla Società.

16. D.E. proponeva ricorso per cassazione avverso detta sentenza dinanzi al Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna). Malgrado l'opposizione di entrambe le parti, il Tribunal Supremo (Corte suprema) ha deciso di proporre un rinvio pregiudiziale nell'ambito della presente causa. Detto giudice spiega, inoltre, che interpretazioni divergenti, in particolare, dell'articolo 53, paragrafo 3, della BRRD da parte degli organi giurisdizionali spagnoli sono sfociate in un numero consistente di impugnazioni dinanzi ad esso, cosicché le indicazioni della Corte saranno utili nell'ambito della definizione di una serie di tali cause.

7 In base al fascicolo nazionale, detta sentenza è stata notificata alle parti l'8 giugno 2017.

8 La valutazione di «appropriatezza» è imposta dall'articolo 19, paragrafo 5, della MiFID I. È ulteriormente sviluppata negli articoli 36 e 37 della direttiva 2006/73/CE della Commissione, del 10 agosto 2006, recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva (GU 2006, L 241, pag. 26) (in prosieguo: la «direttiva di esecuzione della MiFID I»).

9 V., rispettivamente, articolo 24 e articolo 27 del regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010 (GU 2014, L 225, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento SRM»).

17. Alla luce di tali elementi, il Tribunal Supremo (Corte suprema) ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«(1) Se le disposizioni dell'articolo 34, paragrafo 1, lettere a) e b), in combinato disposto con le disposizioni dell'articolo 53, paragrafi 1 e 3, e con quelle dell'articolo 60, paragrafo 2, primo comma, lettere b) e c), della direttiva [BRRD], debbano essere interpretate nel senso che l'eventuale credito o diritto che deriverebbe da una condanna al risarcimento nei confronti dell'ente succeduto al Banco Popular quale conseguenza di un'azione di responsabilità derivante dalla commercializzazione di un prodotto finanziario (titoli subordinati convertibili obbligatoriamente in azioni della medesima banca), che non rientra fra gli strumenti di capitale aggiuntivo cui fanno riferimento le misure di risoluzione del Banco Popular, che sono stati alla fine convertiti in azioni della banca prima dell'adozione delle misure di risoluzione della banca (7 giugno 2017), possa essere considerato come passività interessata dalla disciplina di svalutazione o di estinzione di cui all'articolo 53, paragrafo 3, della direttiva [BRRD], come obbligazioni o crediti "non maturati", cosicché sarebbe assolta e non opponibile al Banco Santander in quanto successore del Banco Popular, laddove la domanda da cui deriverebbe tale condanna risarcitoria sia stata proposta prima della conclusione del procedimento di risoluzione della banca.

(2) Oppure se, al contrario, le disposizioni in parola debbano essere interpretate nel senso che il suddetto credito o diritto costituirebbe un'obbligazione o credito "maturato/a" – articolo 53, paragrafo 3, della direttiva [BRRD] – o un "obbligo già maturato" al momento della risoluzione della banca – articolo 60, paragrafo 2, lettera b) –, e come tale escluso dagli effetti dell'assolvimento o della cancellazione di siffatti obbligazioni o crediti, e sarebbero pertanto opponibili al Banco Santander quale successore del Banco Popular, quando la domanda da cui deriverebbe tale condanna al risarcimento fosse stata proposta prima della conclusione del procedimento di risoluzione della banca».

III. Analisi

A. Contesto, argomenti delle parti e struttura delle presenti conclusioni

18. La questione proposta dal giudice del rinvio verte sull'interpretazione della nozione di «maturazione», come figura nell'articolo 53, paragrafo 3, e nell'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), della BRRD.

19. L'articolo 53, paragrafo 3, della BRRD dispone quanto segue:

«Se un'autorità di risoluzione svaluta a zero il valore nominale o l'importo ancora non corrisposto da pagare a fronte di una passività mediante l'esercizio del potere di cui all'articolo 63, paragrafo 1, lettera e), tale passività e *le obbligazioni o i crediti* sorti in relazione ad essa che, al momento in cui è esercitato tale potere, *non sono ancora maturati*, *sono considerati assolti* a tutti gli effetti e non sono ammissibili nel corso di procedure successive in relazione all'ente soggetto a risoluzione né a qualsiasi entità succeditrice nell'ambito di una futura liquidazione» [10].

[10] Il corsivo è mio.

20. Nella parte pertinente, l'articolo 60, paragrafo 2, della BRRD così dispone:

«2. Ove il valore nominale degli strumenti di capitale pertinenti sia svalutato:

(…)

b) non resta *alcun obbligo nei confronti del detentore* dello strumento di capitale pertinente in base all'importo dello strumento soggetto a svalutazione o in connessione ad esso, *eccetto gli eventuali obblighi già maturati* e l'eventuale responsabilità per danni che può emergere da un ricorso avverso la legittimità dell'esercizio del potere di svalutazione» [11].

21. La BRRD non definisce la nozione di «maturazione». Inoltre, alcune versioni linguistiche della BRRD utilizzano lo stesso termine nell'articolo 53, paragrafo 3, e nell'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), mentre altre, compresa la versione in lingua spagnola, utilizzano due termini diversi [12]. Ciò rende difficile giungere ad una decisione sul significato comune di detta nozione.

22. In ogni caso, la direttiva in parola non rimanda alla legge degli Stati membri per attribuire significato alla nozione di cui trattasi, il che indica che a detta espressione dovrebbe essere attribuito un autonomo significato a livello dell'Unione [13].

23. Posto che le passività «maturate» non sono toccate da un bail-in, sembra emergere chiaramente dalla formulazione tanto dell'articolo 53, paragrafo 3, quanto dell'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), della BRRD che una decisione sull'aspetto se una passività sia o meno «maturata» ha delle conseguenze. Infatti, ai sensi dell'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), della BRRD, non «resta» alcun obbligo nei confronti del detentore dello strumento di capitale pertinente che è stato svalutato, mentre l'obbligo nei confronti di detta persona rimane se il suo credito era già «maturato» al momento dell'adozione della decisione.

24. Inoltre, l'articolo 53, paragrafo 3, della BRRD fa riferimento anche alla nozione di «importo ancora non corrisposto», che è ridotto in caso di ricorso allo strumento di bail-in. Questo rimando chiarisce che, in caso di utilizzo di detto strumento, le autorità di risoluzione possono assolvere unicamente le obbligazioni *in essere* della banca soggetta a risoluzione, vale a dire i debiti esistenti, ma non ancora da pagare (ossia scaduti). Ciò suggerisce che la nozione di «maturazione», che, in questo contesto, è impiegata per escludere una passività dal bail-in, riguarda le obbligazioni che una banca ha già assunto e che sono già da pagare (ossia maturate) al momento dell'adozione della decisione di risoluzione.

25. L'obbligo di risarcire i creditori per illeciti risultanti dall'acquisizione di strumenti finanziari emessi da una banca, contestato in sede giudiziale, deve, al momento dell'adozione della decisione di risoluzione, essere considerato come una passività «potenziale» della banca soggetta a risoluzione. Prima che un giudice si pronunci su una siffatta obbligazione, la sua esistenza è

[11] Il corsivo è mio.

[12] In alcune versioni linguistiche, lo stesso termine è impiegato sia nell'articolo 53, paragrafo 3, sia nell'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), della BRRD. In linea con la versione in lingua inglese della BRRD, è così anche nelle versioni in lingua francese (che ricorre alla nozione di «échu» in entrambe le disposizioni), tedesca (che usa la nozione di «angefallen»), italiana (che si riferisce alla nozione di «maturati») e croata (che usa la nozione di «obračunati»). Altre versioni linguistiche utilizzano due termini differenti nell'articolo 53, paragrafo 3, e nell'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), della BRRD. Come spiega il giudice del rinvio, la versione della BRRD in lingua spagnola utilizza «vencidas» all'articolo 53, paragrafo 3, e «devengados» all'articolo 60, paragrafo 2. Allo stesso modo, la versione in lingua neerlandese della BRRD utilizza «vorderbaar» all'articolo 53, paragrafo 3), e «te betalen» all'articolo 60, paragrafo 2.

[13] La Corte si è già pronunciata in tal senso nella sentenza Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 48.

incerta. Tuttavia, quando un giudice conferma detta obbligazione di pagamento, la passività che ne risulta e la sua esigibilità sorgono *ex tunc*, vale a dire da prima della data della decisione di risoluzione.

26. Occorre chiedersi se tali passività «potenziali» siano «maturate» ai sensi della BRRD al momento dell'adozione della decisione di risoluzione.

27. Due sono le interpretazioni possibili.

28. Da un lato, tali passività possono essere considerate come «maturate» poiché, una volta confermate da un giudice, esse sarebbero esistite e sarebbero state quindi esigibili prima della decisione di risoluzione. Dall'altro, posto che dette passività dipendono dall'esito del procedimento giudiziario, esse potrebbero essere considerate come solo «potenzialmente» maturate al momento dell'adozione della decisione di risoluzione. In altre parole, esse potrebbero essere intese come un debito in essere alla data della risoluzione, ragion per cui potrebbero essere considerate come «non maturate».

29. Nelle sentenze pronunciate nelle cause Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), la Corte ha interpretato tali passività «potenziali», per le quali l'azione legale è proposta dopo l'adozione della decisione di risoluzione, come non maturate e quindi come soggette alla decisione di bail-in. Ciò comporta che i creditori di tali passività «potenziali» perdono, di conseguenza, i loro crediti nei confronti della banca soggetta a risoluzione nell'ambito dell'esercizio del bail-in. Questa perdita influenza, ovviamente, i diritti che i creditori traggono dal diritto dell'Unione, compreso il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, nelle sentenze di cui trattasi, la Corte ha ritenuto che, nel complesso, l'interesse pubblico a prevenire il collasso finanziario e a mantenere la stabilità finanziaria prevalesse sui diritti che i creditori traggono dal diritto dell'Unione.

30. Basandosi su queste due sentenze, il Banco Santander e i governi spagnolo, italiano e portoghese hanno tutti sostenuto che le passività che possono risultare da un procedimento giudiziario, anche se avviato *prima* della risoluzione, non possono essere considerate come «maturate».

31. Essi spiegano che tali crediti comporterebbero verosimilmente un deflusso di fondi dalla banca soggetta a risoluzione e potrebbero quindi potenzialmente ostacolare l'efficacia della decisione di risoluzione. Pertanto, solo crediti o diritti che sono stati riconosciuti come dovuti mediante una sentenza del giudice nazionale competente prima della data della decisione di risoluzione dovrebbero essere considerati come «maturati» ai sensi della BRRD.

32. Tuttavia, la Commissione sostiene la posizione opposta. Essa ritiene che la nozione di «matura[zione]», impiegata nell'articolo 53, paragrafo 3, della BRRD, dovrebbe ricomprendere una passività o un'obbligazione che, al momento della risoluzione, è soltanto «provvisoriamente» maturata e che una sentenza successiva meramente confermerebbe, persino dopo l'adozione di una decisione di risoluzione.

33. Secondo la Commissione, detta interpretazione è giustificata dal requisito previsto all'articolo 36 della BRRD, in base al quale la valutazione deve essere «equa, prudente e realistica». Una siffatta valutazione dovrebbe tener conto delle passività potenziali risultanti da

procedimenti giudiziari pendenti. Inoltre, non parrebbe giustificato negare il risarcimento a una persona che ha avviato un procedimento giudiziario prima dell'adozione della decisione di risoluzione.

34. La presente causa solleva, quindi, la questione se il bilanciamento tra l'interesse alla stabilità finanziaria e la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuta ai creditori sulla base del diritto dell'Unione, a protezione dei quali sono stati avviati dei procedimenti giudiziari prima dell'adozione della decisione di risoluzione, debba essere compiuto con le stesse modalità seguite quando tali azioni sono esercitate solo dopo l'adozione della decisione di risoluzione.

35. Tale questione è formulata come una richiesta di chiarimenti volta a stabilire se passività «potenziali», che sono già oggetto di procedimenti giudiziari al momento dell'adozione della decisione di risoluzione, debbano essere considerate «maturate» ai sensi della BRRD. Per rispondere a detta questione, procederò nel modo che segue. Spiegherò, anzitutto, perché ritengo ammissibile il presente rinvio (B). Quanto al merito, inizierò richiamando in sintesi il ragionamento alla base delle due sentenze in cui la Corte ha ritenuto che la BRRD osti ad azioni proposte *dopo* la decisione di risoluzione (C). Affronterò poi la questione se il medesimo ragionamento trovi applicazione anche quando le azioni dinanzi all'autorità giurisdizionale sono proposte *prima* della decisione di risoluzione (D). La mia analisi mi porterà a proporre alla Corte di dichiarare che l'obiettivo del quadro di risoluzione introdotto dalla BRRD non può prevalere sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i consumatori o gli investitori traggono dal diritto dell'Unione quando l'azione relativa a tali diritti è stata proposta *prima* della decisione di risoluzione (IV).

B. Ammissibilità

36. Il Banco Santander contesta l'ammissibilità del presente rinvio. Esso spiega che le questioni pregiudiziali proposte sarebbero irrilevanti ai fini della definizione del procedimento principale giacché il giudice nazionale avrebbe apparentemente deciso di rinunciare a valutare, sulla base del diritto nazionale, se il ricorrente in primo grado avesse una qualche legittimazione ad agire giudizialmente.

37. A tal riguardo, ricordo che il giudice nazionale ritiene, in linea di principio, che la responsabilità di stabilire la necessità e la rilevanza delle questioni presentate, come quella delle sue questioni, gode di una presunzione di rilevanza. La Corte può rifiutarsi di rispondere solo quando risulta in maniera manifesta che la risposta alla questione non può essere di alcuna utilità nel procedimento principale [14].

38. Come spiegato dal governo spagnolo, il giudice del rinvio necessita di una risposta alle questioni sollevate, poiché, se la Corte dovesse rispondere che la BRRD osta all'azione di cui trattasi, detto giudice dovrebbe respingere l'azione di D.E. senza dover esaminare anzitutto la sua legittimazione ad agire.

39. Non risulta, pertanto, in maniera manifesta che il rinvio è inammissibile. La Corte dovrebbe quindi rispondere alle questioni poste dal giudice del rinvio.

[14] V., ad esempio, sentenza del 10 dicembre 2018, Wightman e a. (C-621/18, EU:C:2018:999, punti 26, 27 e 30 e giurisprudenza ivi citata).

C. Precedenti due sentenze e situazione di cui al caso di specie

40. Come ho indicato, il presente rinvio pregiudiziale sorge nel contesto delle sentenze Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II). In tali pronunce, la Corte ha dichiarato che la decisione di assoggettare il Banco Popular a risoluzione precludeva l'avvio di procedimenti giudiziari con cui i ricorrenti interessati chiedevano il risarcimento in ragione della mancata adesione, da parte della banca, a determinati standard di commercializzazione di prodotti finanziari.

41. La causa all'origine della sentenza Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) verteva su di un'azione di dichiarazione di nullità proposta da due persone fisiche che avevano acquistato azioni del Banco Popular nel 2016 in occasione di un aumento di capitale che aveva formato oggetto di un'offerta pubblica di sottoscrizione. Successivamente alla risoluzione di detta banca e alla riduzione del suo capitale sociale a zero, nel 2018, tali persone fisiche eccepivano l'invalidità del loro consenso iniziale all'accordo di acquisto delle azioni a causa, *inter alia*, dell'incompletezza o inesattezza del prospetto di cui trattasi. Nella sentenza di primo grado che ne è seguita, il giudice nazionale sosteneva che le norme del diritto dell'Unione in materia di responsabilità civile per le informazioni fornite in un prospetto, quali contenute nella direttiva sui prospetti [15], potevano prevalere sui principi disciplinanti la risoluzione degli enti creditizi, come introdotti dalla BRRD [16]. Esso dichiarava pertanto la nullità del contratto di acquisto di azioni in discussione e ordinava la restituzione della somma corrispondente all'investimento dei ricorrenti maggiorata degli interessi [17].

42. La Corte non ha condiviso tale interpretazione. Nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, richiesto in appello, la Corte ha dichiarato, al contrario, che la BRRD consentisse una deroga ai diritti fondati su altri strumenti di diritto dell'Unione. Essa spiegava che il carattere derogatorio del regime della risoluzione «implica che l'applicazione di altre disposizioni del diritto dell'Unione può essere esclusa qualora queste ultime siano idonee a privare di effetto utile o ad ostacolare la messa in atto della procedura di risoluzione» [18].

43. Pertanto, nell'ottica di assicurare la piena efficacia della procedura di risoluzione prevista dalla BRRD, i soci le cui azioni sono annullate con una decisione di risoluzione non hanno la possibilità di proporre un'azione diretta alla dichiarazione di nullità o un'azione di responsabilità *dopo* l'adozione di una decisione di risoluzione.

44. Nella sentenza Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), la logica sopra illustrata è stata estesa dalla Corte alle azioni proposte dai titolari di obbligazioni che erano state convertite in azioni prima della risoluzione e poi annullate [19], nonché ai titolari di obbligazioni che erano state convertite in azioni nel corso della risoluzione ma trasferite al Banco Santander senza alcun indennizzo [20]. Come nella sentenza Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), i creditori di cui alla causa Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II) hanno proposto azioni di nullità e di responsabilità successivamente alla risoluzione, eccependo l'illegittimità dell'originaria emissione di detti strumenti finanziari, convertiti in seguito in

[15] Direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2001/34/CE (GU 2003, L 345, pag. 64).

[16] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punto 23.

[17] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punto 22.

[18] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punto 37.

[19] Tale era la situazione oggetto delle cause C-775/22 e C-779/22.

[20] Tale era la situazione nella causa C-794/22.

azioni [21]. Anche in tali cause, la Corte ha dichiarato che un'azione di responsabilità o un'azione diretta a ottenere una declaratoria di nullità delle obbligazioni originarie non poteva essere proposta *dopo* l'adozione della decisione di risoluzione [22].

45. La situazione di cui alla presente causa è analoga. Essa presenta le maggiori similitudini con la situazione affrontata nelle cause C-775/22 e C-779/22, le prime due delle tre cause riunite in Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), poiché le obbligazioni, del cui acquisto D.E. contesta la legittimità, erano state convertite in azioni prima della risoluzione del Banco Popular. Tuttavia, la differenza importante tra le due cause consiste nel fatto che i ricorrenti nei procedimenti anteriori avevano proposto le loro azioni in sede giudiziale solo *dopo* la risoluzione del Banco Popular, mentre D.E. ha avviato la sua azione circa otto mesi *prima* dell'adozione della decisione di risoluzione.

46. È quindi necessario, anzitutto, comprendere le ragioni che hanno portato la Corte a ritenere che la BRRD osti alla proposizione di azioni di nullità o di responsabilità successivamente all'adozione di una decisione di risoluzione. Solo in seguito è possibile chiedersi se la medesima *ratio* trovi applicazione anche in un caso in cui tali azioni sono state proposte prima della data della decisione di risoluzione.

47. Nelle sentenze nelle cause Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), la Corte ha chiarito che la deroga ad altre disposizioni del diritto dell'Unione che conferiscono diritti ai singoli può essere spiegata alla luce dell'«interesse pubblico superiore» a «preservare la stabilità finanziaria degli Stati membri» in un contesto economico eccezionale ed urgente [23].

48. La Corte ha dichiarato che, se dovessero trovare applicazione tali altre disposizioni del diritto dell'Unione, come la direttiva sui prospetti, ciò sarebbe «idone[o] a privare di effetto utile o ad ostacolare la messa in atto della procedura di risoluzione» [24].

49. Questo perché tanto un'azione di nullità, quanto un'azione di responsabilità, se accolte, imporrebbero alla banca soggetta a risoluzione o al suo successore di rimborsare integralmente le somme investite in occasione della sottoscrizione di azioni (o di obbligazioni convertite in azioni) che sono state, tuttavia, svalutate a causa della decisione di risoluzione. La Corte ha affermato che simili azioni metterebbero, pertanto, in discussione l'intera valutazione su cui si fonda la decisione di risoluzione [25].

50. In sede di valutazione, gli obblighi di rimborso o di risarcimento danni che possono essere confermati nell'ambito di azioni in sede giudiziale sono passività soltanto «potenziali» della banca soggetta a risoluzione, poiché la loro sussistenza dipende dall'esito dei procedimenti giudiziari pendenti. Inoltre, se, al momento della valutazione che funge da base per la decisione di risoluzione, i procedimenti non fossero ancora iniziati, le autorità di risoluzione non sarebbero a conoscenza dell'esistenza di tali passività «potenziali».

[21] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punti 29 e 37.

[22] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punti 61 e 70.

[23] V., a tal riguardo, Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punto 37, ribadito in Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 56.

[24] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punti 37 e 40, e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 56.

[25] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punto 43. Analogamente, Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 73.

51. Di conseguenza, la Corte ha considerato che passività «potenziali», oggetto di azioni avviate *dopo* la data di adozione della decisione di risoluzione, devono essere interpretate come «non maturate» e quindi come assolte a tutti gli effetti, come previsto all'articolo 53, paragrafo 3, della BRRD, e come implicito all'articolo 60, paragrafo 2, primo comma, della medesima direttiva [26].

52. Questo perché l'accoglimento di un'azione ha l'effetto di creare retroattivamente passività di cui non si era tenuto conto al momento dell'adozione della decisione di risoluzione riducendo così l'ammontare degli strumenti di capitale soggetti al bail-in [27].

53. In altri termini, la Corte ha ritenuto che la nozione di obbligazioni o crediti «maturati» ai sensi dell'articolo 53, paragrafo 3, della BRRD, escluda le tipologie di diritti risultanti dall'accoglimento di azioni proposte *dopo* l'adozione della decisione di risoluzione di cui trattasi [28].

54. Tuttavia, nelle cause Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), la Corte non era chiamata a stabilire se la medesima logica ostasse anche ad azioni di nullità o di responsabilità qualora proposte *prima* della data di una decisione di risoluzione.

55. In un caso del genere, le passività della banca soggetta a risoluzione sono anch'esse passività soltanto «potenziali», poiché la loro esistenza non è certa sino a quando non è noto l'esito del procedimento giudiziario. Tuttavia, in tale caso, i procedimenti sono già pendenti dinanzi a un'autorità giurisdizionale al momento della valutazione delle passività della banca soggetta a risoluzione.

56. Resta pertanto aperta la questione se passività «potenziali» che dipendono da procedimenti giudiziari avviati *prima* di una decisione di risoluzione, ma non ancora definiti al momento dell'adozione di detta decisione di risoluzione, debbano essere considerate «maturate» ai sensi della BRRD.

57. A mio avviso, benché il ragionamento alla base delle sentenze Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II) sia ampiamente del pari applicabile a una situazione come quella oggetto della presente causa, vi sono fattori ulteriori che giustificano una diversa interpretazione. Passerò ora ad esaminare tali fattori.

D. Se le passività «potenziali» oggetto di procedimenti giudiziari avviati prima della decisione di risoluzione siano «maturate» o «non maturate»

1. Finalità della BRRD – se i crediti fatti valere in procedimenti giudiziari pendenti possano compromettere la decisione di risoluzione

58. Come ho spiegato, le sentenze nelle cause Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II) sono basate sulla considerazione che la finalità della BRRD – garantire la stabilità del sistema finanziario – può

[26] V., in tal senso, Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular), punti 41 e 42.

[27] V., in tal senso, Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 53.

[28] V. Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punti 49 e 50.

essere compromessa se la valutazione delle attività di una banca, sulla cui base è adottata una decisione di risoluzione, potesse essere modificata in un momento successivo attraverso procedimenti giudiziari avviati dopo l'adozione della decisione di risoluzione.

59. A mio avviso, la medesima logica non può essere estesa a passività «potenziali», vale a dire a quelle che potrebbero concretizzarsi in caso di accoglimento dell'azione proposta prima dell'adozione della decisione di risoluzione.

60. Rispetto alla valutazione delle attività della banca soggetta a risoluzione, sussiste un'importante differenza tra le azioni proposte prima di tale valutazione e quelle che sono proposte successivamente ad essa. Le prime sono, o almeno potenzialmente possono essere, note al perito e, di conseguenza, alle autorità di risoluzione. Per contro, il perito o l'autorità competente non possono prevedere le seconde.

61. Tenendo conto di questa differenza, si tratta di stabilire se interpretare un procedimento siffatto come passività «maturata» potrebbe pregiudicare la procedura di risoluzione e privare di effetto la decisione di risoluzione.

62. La Commissione osserva che, qualora siano stati rispettati i principi di valutazione, trattare azioni preesistenti come passività maturate non comprometterebbe l'efficacia della procedura di risoluzione.

63. Il Banco Santander, al contrario, sostiene che un tale trattamento di passività potenziali, ma incerte, potrebbe scoraggiare l'acquisizione di una banca soggetta a risoluzione e, quindi, mettere in dubbio l'efficacia dello strumento per la vendita dell'attività d'impresa ove esso sia combinato con lo strumento del bail-in, come avvenuto nel caso della risoluzione del Banco Popular.

64. Ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 1, della BRRD, ogni azione di risoluzione deve fondarsi su «una valutazione equa, prudente e realistica delle attività e passività» dell'ente soggetto a risoluzione [29].

65. In altre parole, la valutazione deve fornire un quadro realistico della misura in cui una «passività potenziale» può rappresentare una perdita sulle attività della banca soggetta a risoluzione.

66. Mentre la valutazione di un'entità soggetta a risoluzione non può prendere in considerazione passività «potenziali» risultanti da procedimenti giudiziari non ancora iniziati in tale momento, lo stesso non si può dire per i procedimenti che, in quello stesso momento, sono pendenti.

67. Pertanto, nella misura in cui delle passività «potenziali», dipendenti dall'esito di procedimenti giudiziari *pendenti*, si può tenere conto al momento della risoluzione, siffatti procedimenti non sono tali da compromettere il processo di risoluzione.

[29] In aggiunta, l'articolo 36, paragrafi 2 e 3, della BRRD spiega che «[l]'obiettivo della valutazione è di stimare il valore delle attività e delle passività» dell'ente di cui trattasi, con l'obiettivo di assicurare che, «in tutti i casi, (...) eventuali perdite sulle attività dell'ente o dell'entità (...) siano pienamente rilevate al momento dell'applicazione degli strumenti di risoluzione o dell'esercizio del potere di svalutazione o di conversione degli strumenti di capitale pertinenti». Inoltre, come stabilito dai paragrafi 5 e 6 della medesima disposizione nelle parti pertinenti, la valutazione deve «fonda[rsi] su ipotesi prudenti, anche per quanto concerne i tassi di default e la gravità delle perdite» ed essere «integrata [da uno] stato patrimoniale aggiornato» e dall'«elenco delle passività in bilancio o fuori bilancio in essere risultante dai libri e registri contabili dell'ente o dell'entità» di cui trattasi.

68. È vero che la BRRD non indica come stabilire le passività considerate nel suo articolo 36 [30].

69. Tuttavia, dalla prima relazione di valutazione nella risoluzione del Banco Popular del 5 giugno 2017 risulta manifesto che detta relazione era stata «redatta tenendo conto (...) dei criteri metodologici di valutazione del capo II» [31] delle pertinenti norme tecniche di regolamentazione dell'Autorità bancaria europea [32]. Nella parte rilevante, dette norme prevedono che «il valutatore si concentra in particolare (...) [sul]le controversie giuridiche e gli interventi di regolamentazione, i cui flussi di cassa attesi possono essere soggetti a diversi gradi di incertezza in relazione al loro importo o alle loro tempistiche» [33].

70. Dalla seconda relazione di valutazione del 6 giugno 2017, richiamata dal Banco Santander nelle sue osservazioni, risulta inoltre che nella valutazione del Banco Popular si era tenuto conto di stime della perdita di fair value effettuate nella sua situazione contabile con riferimento a controversie riguardanti «azioni per vendite improprie di azioni convertibili» [34]. Come illustra il documento esplicativo sulla terza relazione di valutazione, esse includono, con uno scenario di livello inferiore e uno di livello superiore, crediti risultanti dai titoli subordinati II/2012, nello specifico, gli strumenti finanziari emessi nel caso di specie [35].

71. Il Banco Santander sostiene che, vista l'estrema urgenza in cui interviene di norma una risoluzione, possono esserci casi in cui una valutazione è compiuta sulla base di una relazione che non tiene conto di tutti i procedimenti giudiziari pendenti.

72. Infatti, pur essendo possibile che talune controversie pendenti non siano considerate, tale grado di incertezza è insito in qualsiasi attività di «inventario» e rientra quindi, indubbiamente, nel rischio generale assunto dall'entità incorporante.

[30] Tuttavia, occorre osservare che, nel 2019, il Comitato di risoluzione unico ha pubblicato un quadro di valutazione indicante i principi e le metodologie per le relazioni di valutazione redatte ai fini delle decisioni di risoluzione, il quale impone al valutatore di tener conto di «passività potenziali relative a un contenzioso»; v. Comitato di risoluzione unico, Framework for Valuation, febbraio 2019, pag. 22, disponibile all'indirizzo: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-02-01%20Framework%20for%20Valuation.pdf.

[31] V. Single Resolution Board, «Valuation report for the purposes of Article 20(5)(a) of Regulation (EU) No 806/2014 informing the determination of whether the conditions for resolution or the conditions for the write down or conversion of capital instruments are met (Relazione di valutazione ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 5, lettera a), del regolamento (UE) n. 806/2014, che era intesa ad orientare l'accertamento del soddisfacimento delle condizioni per la svalutazione o conversione degli strumenti di capital)e», 5 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf (in prosieguo: la «prima relazione di valutazione»), pag. 1.

[32] Autorità bancaria europea, «Regulatory Technical Standards on valuation for the purposes of resolution and on valuation to determine difference in treatment following resolution under Directive 2014/59/EU on recovery and resolution of credit institutions and investment firms (norme tecniche di regolamentazione sulla valutazione ai fini della risoluzione e sulla valutazione finalizzata a stabilire le differenze di trattamento a seguito della risoluzione a norma della direttiva 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento)» (EBA/RTS/2017/05 e EBA/RTS/2017/06) (in prosieguo: le «norme tecniche dell'ABE»), 23 maggio 2017, disponibile all'indirizzo: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1853532/88566587-ff6f-4116-a08e-282eb4ea2f78/Final%20draft%20RTSs%20on%20valuation%20in%20resolution%20(EBA-RTS-2017-05%20&%20EBA-RTS-2017-06).pdf.

[33] V. articolo 8 delle norme tecniche dell'ABE.

[34] V. punto 2.4 del «Hippocrates provisional reportreport – Sale of business scenario», 6 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-08-25_BPE_%20Revised%20NCV_Valuation-2-Report.pdf (in cui Deloitte sottolinea quanto segue: «abbiamo accettato la stima della perdita di fair value come ragionevole, ma abbiamo corretto al rialzo la popolazione di clienti interessati, comprendendo lo scenario migliore e peggiore». La prima relazione di valutazione del 5 giugno 2017 non indica alcun dettaglio sulle stime di perdita di fair value risultanti dalla controversia; v. https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf.

[35] V. punto 5.11.2 del «Clarification Document of valuation of difference in treatment, Banco Popular Español», Deloitte, 18 dicembre 2019, disponibile all'indirizzo: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/annex_ii_-_clarification_document_en.pdf.

73. Inoltre, come osservato dal governo spagnolo, le passività potenziali risultanti da procedimenti giudiziari della tipologia di quello in discussione nella presente fattispecie si riflettono, quantomeno in una certa misura, nei bilanci di una banca quotata in borsa. A tal riguardo, osservo che dai punti 3 e 5 della decisione di risoluzione emerge che il Banco Popular è la società madre del Banco Popular Group ed è quotato presso la borsa spagnola – vale a dire su un mercato regolamentato ai sensi dell'articolo 4, punto 14, della MiFID I. Ai sensi del regolamento sui principi contabili internazionali, le società i cui titoli sono negoziati su un mercato pubblico devono predisporre il loro bilancio consolidato in conformità di taluni principi contabili internazionali [36] che la Commissione adotta nel diritto dell'Unione [37]. Tra i numerosi [38] standard che la Commissione aveva adottato nel diritto dell'Unione al momento dell'adozione della decisione di risoluzione nella presente fattispecie vi erano taluni requisiti specifici volti a rispecchiare nella documentazione contabile l'incertezza risultante, in particolare, da potenziali costi di «controversie in corso» [39].

74. Pertanto, non ritengo né convincente, né corretto sostenere che le controversie pendenti, comprese quelle collegate alle vendite improprie di strumenti di capitali, non sarebbero rispecchiate nella valutazione di una banca ai fini della risoluzione. Siffatta ipotesi ricorre particolarmente se la valutazione è compiuta in conformità ai principi di una «valutazione equa, prudente e realistica» ai sensi dell'articolo 36 della BRRD [40]

75. Pertanto, diversamente dalle azioni proposte solo dopo l'adozione della decisione di risoluzione, le azioni proposte anteriormente non possono essere considerate tali da mettere in discussione la valutazione alla base di detta adozione.

76. La finalità della BRRD non richiede, quindi, che siffatti crediti siano esclusi dalla nozione di passività «maturate» ai sensi del suo articolo 53, paragrafo 3, e del successivo articolo 60, paragrafo 2 della BRRD.

[36] V. articolo 4 del regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002, relativo all'applicazione di principi contabili internazionali (GU 2002, L 243, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento sui principi contabili internazionali»). Come illustra, inoltre, l'articolo 2 di detto regolamento, «si intendono per "principi contabili internazionali" gli International Accounting Standards (IAS), gli International Financial Reporting Standards (IFRS) e le relative Interpretazioni (interpretazioni SIC/IFRIC), le successive modifiche di detti principi e le relative interpretazioni, i principi e le relative interpretazioni che saranno emessi o adottati in futuro dall'International Accounting Standards Board (IASB)».

[37] V. articolo 3, paragrafi 1 e 4, del regolamento sui principi contabili internazionali.

[38] Ai sensi del regolamento (CE) n. 1126/2008 della Commissione, del 3 novembre 2008, che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 2008, L 320, pag. 1) [in prosieguo: il «regolamento (CE) 1126/2008»], la Commissione adottava «tutti i principi e le interpretazioni emanati rispettivamente dallo International Accounting Standards Board (IASB) e dallo International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) adottati all'interno della Comunità entro il 15 ottobre 2008 integralmente, a eccezione dello IAS 39 (relativo alla rilevazione e alla valutazione degli strumenti finanziari) del quale sono state omesse parti limitate» (v. considerando 2 e articolo 2 di detto regolamento).

[39] V. paragrafo 117 del principio contabile internazionale n. 1 dell'allegato del regolamento (CE) 1126/2008, che, nella versione applicabile all'epoca della decisione di risoluzione, spiega nella parte pertinente che «[la determinazione dei] valori contabili di alcune attività e passività richiede la stima degli effetti di eventi futuri incerti relativi a tali attività e passività alla data di riferimento del bilancio (...) [p]er esempio (...) accantonamenti soggetti al futuro esito di controversie in corso. (…) Queste stime comportano ipotesi su elementi quali il rischio di rettificare i flussi finanziari o i tassi di sconto utilizzati». V. altresì paragrafo 34 del principio contabile internazionale n. 11 nel medesimo allegato, il quale si riferisce ai costi di commessa che devono essere rilevati come spese, che comprendono l'«esito di controversie pendenti» e che richiedono, a norma dei paragrafi 36 e seguenti del medesimo del principio contabile internazionale n. 37, la determinazione della miglior stima.

[40] Come ho spiegato nella nota a piè di pagina 34 delle presenti conclusioni, nel caso del Banco Popular, Deloitte ha, in effetti, corretto il numero di clienti interessati risultante dai procedimenti della tipologia di quello oggetto della presente causa e ha cercato quindi di rispecchiare una stima più accurata della perdita di fair value.

2. Bilanciamento dell'obiettivo della procedura di risoluzione e del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva

77. Viste l'urgenza della risoluzione e le incertezze quanto alla capacità di una valutazione di tener conto, in tali condizioni, di tutte le passività «potenziali», si potrebbe sostenere che potrebbe sembrare una soluzione molto più semplice ritenere che i crediti fondati su procedimenti giudiziari pendenti alla data della decisione di risoluzione dovrebbero essere considerati come «non maturati» e, quindi, come assolti da un bail-in. È addirittura ipotizzabile che i potenziali acquirenti di una banca in dissesto vedrebbero un maggior incentivo a concordare un acquisto se le attività che andrebbero ad acquistare fossero libere da *ogni* passività «potenziale», incluse quelle dipendenti da procedimenti giudiziari. In tal modo, potrebbe essere meglio conseguito l'obiettivo di assicurare l'efficacia della procedura di risoluzione.

78. Tuttavia, non si dovrebbe dimenticare che questa soluzione porterebbe altresì a considerare assolti i diritti che i soggetti giuridici traggono dal diritto dell'Unione, come la direttiva sui prospetti e la MiFID I.

79. Siffatti diritti sono tutelati dal diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, un principio generale del diritto dell'Unione, espresso oggi nell'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentalo dell'Unione europea. Questo diritto fondamentale garantisce che chiunque ritenga che i suoi diritti fondati sul diritto dell'Unione siano stati violati abbia accesso a un giudice avente il potere di fornire mezzi di ricorso effettivi.

80. Sostenendo che i procedimenti giudiziari pendenti dovrebbero essere trattati come «non maturati» ai fini della BRRD, il Banco Santander e i governi spagnolo, italiano e portoghese considerano, in effetti, giustificata l'ingerenza nel diritto a un ricorso effettivo che ne deriva.

81. Nella causa Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), in cui i ricorrenti si fondavano, segnatamente, sui loro diritti alla tutela giurisdizionale effettiva, la Corte ha ricordato che tale diritto non è assoluto e può essere limitato a favore di altri importanti interessi pubblici, come il mantenimento della stabilità finanziaria [41].

82. Senza entrare nel dettaglio, nell'ambito del suo bilanciamento, la Corte ha dichiarato che occorre dare prevalenza all'interesse della stabilità del sistema finanziario rispetto alla tutela effettiva dei diritti che gli investitori traggono dal diritto dell'Unione. La Corte si è fondata sulla sua giurisprudenza precedente in cui essa ha dichiarato che, «sebbene vi sia un chiaro interesse generale a garantire una tutela degli investitori forte e coerente in tutta l'Unione, tale interesse non può essere considerato prevalente in ogni circostanza rispetto all'interesse generale consistente nel garantire la stabilità del sistema finanziario» [42].

83. Tuttavia, nel punto sopra citato, la Corte ha avuto cura di indicare che gli interessi degli investitori non possono prevalere «*in ogni circostanza*» sull'interesse pubblico alla stabilità del sistema finanziario.

84. Trattando i procedimenti giudiziari pendenti come passività «maturate», il suddetto obiettivo di stabilità finanziaria non è compromesso allo stesso modo in cui lo è consentendo azioni successive alla data della decisione di risoluzione. Questo perché la valutazione su cui si basa la decisione di risoluzione potrebbe tener conto delle azioni pendenti. Da questa prospettiva, la

[41] Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 80.

[42] Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II), punto 81.

presente causa si discosta considerevolmente dalle circostanze di cui alle sentenze Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) e Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular II).

85. Inoltre, mentre nelle due ultime cause gli investitori non avevano ancora esercitato il loro diritto di accedere a un giudice per tutelare i diritti che essi traevano dal diritto dell'Unione prima che la decisione di risoluzione ledesse tali diritti, nelle circostanze della presente causa, D.E. ha individuato i propri diritti ed obblighi ed ha adottato provvedimenti per tutelarli prima che la decisione di risoluzione modificasse il contesto in cui egli si trovava.

86. Se si consentisse alla decisione di risoluzione, di per sé, di porre fine ai procedimenti giudiziari pendenti, ciò integrerebbe una grave ingerenza nel diritto alla tutela giurisdizionale effettiva [43].

87. Pertanto, a mio parere, le circostanze della presente causa impongono alla Corte di riconoscere, da un lato, un peso maggiore al diritto degli investitori di tutelare in maniera efficace i diritti che essi traggono dal diritto dell'Unione nei procedimenti giudiziari proposti prima della decisione di risoluzione e, dall'altro, un peso più contenuto all'obiettivo della stabilità finanziaria, posto che quest'ultimo può essere raggiunto anche facendo prevalere la tutela giurisdizionale effettiva.

88. Avviando un procedimento volto a tutelare i diritti che egli trae dal diritto dell'Unione circa otto mesi prima della decisione di risoluzione e, quindi, evidentemente, in maniera del tutto indipendente da detta successiva procedura, D.E. si è posto in una posizione diversa rispetto agli altri titolari dei titoli subordinati II/2012 [44].

89. La massima *iura vigilantibus*, che è rispettata ove sia riconosciuto alle azioni pendenti il peso che meritano nell'ambito del bilanciamento, rafforza ulteriormente la summenzionata conclusione secondo cui, ove la Corte interpretasse la BRRD nel senso che consente la limitazione retroattiva di procedimenti giudiziari che erano stati avviati prima dell'adozione della risoluzione e che pendevano in tale momento, ciò integrerebbe un'ingiustificata restrizione del diritto a un ricorso effettivo.

90. In aggiunta, una siffatta soluzione rafforzerebbe la fiducia nel sistema giudiziario che sarebbe invece minata nel caso opposto.

91. In conclusione, la limitazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva che gli investitori traggono dal diritto dell'Unione non può essere giustificata dall'obiettivo di preservare la stabilità finanziaria in una situazione in cui procedimenti giudiziari volti a tutelare un siffatto diritto siano stati avviati prima e indipendentemente da una decisione di risoluzione.

[43] V., per analogia, sentenza del 29 aprile 2021, Banco de Portugal e a. (C-504/19, EU:C:2021:335, punto 63).

[44] V., sulla stessa linea, conclusioni dell'avvocato generale Richard de la Tour nella causa Banco Santander (Risoluzione bancaria Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2021:976, paragrafo 65) (che, con riferimento a un'eccezione di violazione del principio di uguaglianza, spiega che, «oggettivamente, gli azionisti che hanno acquistato i loro titoli sulla base di un prospetto errato o inesatto non sono nella stessa situazione se hanno ottenuto una sentenza di condanna prima della decisione di risoluzione o se intentano un'azione giudiziaria solo dopo tale decisione»).

3. Ulteriori questioni

a) Chi debba sopportare i costi di una violazione dei diritti che i creditori della banca soggetta a risoluzione traggono dal diritto dell'Unione

92. Alcuni altri argomenti addotti dal Banco Santander meritano una riflessione.

93. Il Banco Santander sostiene che le cause pendenti dovrebbero essere trattate come passività «non maturate» giacché, altrimenti, dette passività «potenziali» sarebbero trasferite ad esso quale banca subentrante, pur non avendo nulla a che fare con le azioni del Banco Popular alla base dei procedimenti giudiziari pendenti.

94. Nelle circostanze del caso di specie, D.E. deduce la violazione di una disposizione imperativa della MiFID I volta a tutelare gli acquirenti di strumenti finanziari da acquisti inappropriati. Queste disposizioni comprendono la valutazione di «appropriatezza» prevista all'articolo 19, paragrafo 5, della MiFID I, che, in linea di principio [45], impone agli enti finanziari di ottenere informazioni in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente nel comprendere i rischi connessi a un servizio o a un'operazione di investimento, prima che l'operazione abbia luogo e di avvertire detto cliente se necessario [46].

95. La violazione di queste disposizioni può comportare la nullità dell'accordo di acquisto dello strumento finanziario di cui trattasi e consentire all'acquirente di ottenere il rimborso del prezzo di acquisto, maggiorato degli interessi, o il risarcimento del danno.

96. Secondo il Banco Santander, posto che D.E. era, al momento della risoluzione, un azionista del Banco Popular, in conformità del principio secondo cui gli azionisti sopportano per primi le perdite [47], il suo credito dovrebbe essere trattato come non maturato e, quindi, assolto prima del trasferimento di ogni passività «maturata» all'entità succeditrice.

97. A mio avviso, il diritto di D.E. al rimborso o al risarcimento dei danni, che sarebbe confermato in caso di accoglimento della sua azione, non osta all'annullamento, nell'ambito della procedura di risoluzione, delle azioni che egli deteneva prima dell'adozione di una decisione da parte di un giudice nazionale, o alla conversione in azioni e trasferimento senza indennizzo dei suoi titoli. L'esito positivo del procedimento giudiziario pendente porrebbe D.E. nella posizione di un creditore di tipologia diversa. Il suo credito non sarebbe quello di un investitore in titoli, ma deriverebbe piuttosto dalla vendita impropria di detti titoli di cui egli cesserebbe di essere un titolare. L'obbligo del Banco Santander di soddisfare detto credito sarebbe esistito e il credito sarebbe stato esigibile (vale a dire sarebbe maturato) prima dell'adozione della decisione di risoluzione, proprio come le altre passività «maturate».

[45] V. sentenza del 30 maggio 2013, Genil 48 e Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, punto 31). V. altresì punti 39 e 47 di detta sentenza, i quali sottolineano che l'obiettivo, in particolare, dell'articolo 19 della MiFID I è quello di proteggere gli investitori.

[46] V. articolo 19, paragrafo 5, della MiFID I, in combinato disposto con i considerando da 58 a 60 e con gli articoli 36 e 37 della direttiva di esecuzione della MiFID. Tuttavia, come sottolinea l'articolo 36, secondo comma, della direttiva di esecuzione della MiFID, «l'impresa di investimento ha il diritto di presumere che un cliente professionale abbia il livello di esperienze e conoscenze necessario per comprendere i rischi connessi a quei determinati servizi di investimento od operazioni o a quei tipi di operazioni o prodotti per i quali il cliente è classificato come cliente professionale».

[47] V. articolo 34, paragrafo 1, lettera a), della BRRD.

98. Il Banco Santander ritiene, tuttavia, che un siffatto credito dovrebbe comunque essere trattato come non maturato al momento della risoluzione. Pertanto, la perdita subita da D.E. a causa della decisione di bail-in dovrebbe essere classificata come il genere di perdita patita da qualsiasi altro creditore la cui domanda pendeva al momento della risoluzione, vale a dire tra i crediti che sono assolti in forza del bail-in. Tali creditori vantano diritti sulla base del principio secondo cui «nessun creditore può essere più svantaggiato» [48]. In forza del principio in parola, ove, previa valutazione e comparazione delle due procedure (risoluzione e procedura ordinaria di insolvenza), si riconosca che il creditore ha diritto al pagamento del suo credito o di parte di esso, detto creditore può, sulla base dell'articolo 75 della BRRD, chiedere di incassare la differenza dal meccanismo di finanziamento della risoluzione [49]. A parere del Banco Santander, tale passività dovrebbe, quindi, essere messa in comune e non essere sostenuta dal successore della banca soggetta a risoluzione. Tuttavia, una siffatta soluzione non consentirebbe chiaramente a D.E. di ottenere il rimborso dell'intera somma a lui dovuta, benché l'esito positivo del procedimento giudiziario da lui avviato gli riconosca il diritto a tale somma.

99. Se, tuttavia, tale passività «potenziale» fosse trasferita alla banca subentrante, nella specie il Banco Santander, D.E. manterrebbe integralmente il proprio credito, a condizione che la sua azione giudiziaria sia accolta. Questa soluzione sarebbe coerente con il bilanciamento degli effetti proposto nei casi in cui un creditore avvia un'azione diretta ad ottenere la tutela dei diritti che gli sono riconosciuti dal diritto dell'Unione prima dell'adozione di una decisione di risoluzione.

100. L'accollo da parte del Banco Santander di una siffatta passività «potenziale» nell'ambito di un contratto di vendita dell'attività d'impresa non solleva, a mio avviso, alcun problema, poiché l'impatto di tali passività sul valore delle attività del Banco Popular era stato preso in considerazione ai fini della decisione di valutazione. Se il Banco Santander non può essere considerato responsabile di tutte le violazioni del diritto dell'Unione commesse dal Banco Popular prima della risoluzione, ciò non toglie che il Banco Santander si accolla, quale parte dell'accordo di risoluzione, un certo numero di rischi d'impresa collegati al Banco Popular.

101. Ciò detto, nulla osta a che le autorità di risoluzione prevedano, nella decisione di risoluzione, che tali passività «potenziali», quand'anche «maturate», *non* siano trasferite alla banca subentrante, ma che tali passività, ove si concretizzino, debbano essere messe in comune o attraverso un meccanismo di finanziamento della risoluzione o attraverso il Fondo di risoluzione unico [50].

102. Si tratta, tuttavia, di una questione discrezionale, che si riflette nelle scelte compiute in ciascuna procedura di risoluzione e nelle trattative tra le autorità di risoluzione e l'entità incorporante. In mancanza di accordi in tal senso, il Banco Santander non può, dopo che tali trattative sono state perfezionate attraverso lo strumento per la vendita dell'attività d'impresa, sostenere di non poter essere chiamato a rispondere per passività ad esso trasferite conformemente al quadro di risoluzione.

[48] Come risulta dall'articolo 73, lettera b), della BRRD, laddove sia stato applicato lo strumento del bail-in, detto principio richiede che «gli azionisti e creditori i cui crediti sono stati svalutati o convertiti in titoli azionari non subisc[a]no perdite superiori a quelle che avrebbero subito se l'ente soggetto a risoluzione fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza».

[49] Il meccanismo di finanziamento della risoluzione è un meccanismo che gli Stati membri sono tenuti a prevedere sulla base dell'articolo 100 della BRRD e che consente la messa in comune degli oneri finanziari delle tipologie elencate all'articolo 101 della medesima direttiva.

[50] V., a tal riguardo, articolo 76, paragrafo 1 e paragrafo 2, del regolamento SRM.

103. In altre parole, gli argomenti addotti dal Banco Santander, secondo cui la banca subentrante non dovrebbe rispondere di crediti risultanti da procedimenti giudiziari avviati contro una banca in dissesto, anche quando l'acquirente fosse a conoscenza, o avesse dovuto essere a conoscenza, di dette passività «potenziali» prima di proporre l'acquisto di detta banca, non incidono sulla mia proposta di trattare i procedimenti giudiziari pendenti come passività «maturate».

b) Possibili procedimenti giudiziari abusivi

104. Il Banco Santander sostiene, inoltre, che l'interpretazione secondo cui i crediti «potenziali» dipendenti da procedimenti giudiziari pendenti sono passività «maturate», consentirebbe, in future risoluzioni, agli azionisti e ai creditori di aggirare l'effetto dello strumento del bail-in avviando procedimenti giudiziari prima dell'adozione della decisione di risoluzione. Tali pratiche, se consentite, limiterebbero i poteri delle autorità di risoluzione di svalutare o ridurre il capitale e gli importi dovuti non ancora corrisposti quando ricorrono allo strumento del bail-in.

105. È infatti ipotizzabile che i creditori che vengano a conoscenza in anticipo della possibilità che sia adottata una decisione di risoluzione possano tentare di proteggere i loro investimenti avviando procedimenti giudiziari che, se considerati passività «maturate» ai sensi della BRRD, impedirebbero la svalutazione dei loro investimenti nell'applicazione dello strumento del bail-in.

106. Tuttavia, benché sussista, naturalmente, il rischio di controversie di tale natura, occorre considerare che l'avvio di procedimenti giudiziari comporta costi che non sarebbero coperti ove l'azione non avesse alcuna possibilità di accoglimento. Inoltre, una decisione di risoluzione dovrebbe essere adottata con urgenza e in segreto. Pertanto, gli investitori, quand'anche sospettino una possibile risoluzione, difficilmente ne conoscono i dettagli.

107. Nondimeno, potrebbe esservi una ragione per considerare come «maturati» solo quei crediti dipendenti da azioni proposte sino a una determinata data anteriore alla decisione di risoluzione come, ad esempio, la data di riferimento della valutazione della banca in dissesto sulla cui base è adottata la decisione di risoluzione.

108. A tal proposito, il Banco Santander spiega che la valutazione di Deloitte prendeva in considerazione la situazione al 31 marzo 2017, mentre la decisione di risoluzione era stata adottata il 7 giugno 2017. Si potrebbero, pertanto, assoggettare le azioni proposte dopo il 31 marzo 2017 al medesimo trattamento delle azioni proposte dopo la data di adozione della decisione di risoluzione, considerandole quindi come «non maturate» a tale data.

109. Questa argomentazione, pur meritando una riflessione, non incide sulla posizione di D.E. nel contesto della presente causa, in cui la sua azione era stata proposta circa otto mesi prima dell'adozione della decisione di risoluzione.

110. Pertanto, gli argomenti addotti dal Banco Santander fondati sul possibile abuso dell'interpretazione della Corte secondo cui le azioni preesistenti sono trattate come passività «maturate» non possono essere riconosciute come sufficientemente rilevanti da prevalere sugli altri argomenti a favore di tale interpretazione.

IV. Conclusione

111. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di giustizia di rispondere alla questione pregiudiziale posta dal Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna) come segue:

l'articolo 53, paragrafo 1 e paragrafo 3, e l'articolo 60, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, letti alla luce dell'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che un credito o un diritto risultante da procedimenti giudiziari che sono stati avviati dinanzi ai competenti giudici di uno Stato membro contro un ente o un'entità finanziaria prima che tale ente o entità sia oggetto di una decisione di risoluzione, ma che sono ancora pendenti a tale data costituisce una passività «maturata».