

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA; grande sezione; sentenza, 19-07-2016, n. causa C-526/14 – Pres. Lenaerts, Rel. da Cruz Vilaça, Avv. gen. Wahl (concl. conf.)

Unione europea – Aiuti di Stato – Misure di sostegno alle banche – Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato alle banche

La Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (comunicazione sul settore bancario) deve essere interpretata nel senso che detta norme di comportamento senza effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri, restando questi ultimi liberi di notificare alla Commissione progetti di aiuti di Stato che non soddisfano i criteri previsti dalla comunicazione e la Commissione obbligata ad esaminarli, potendo autorizzarli in circostanze eccezionali. Gli artt. da 107 a 109 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della Comunicazione sul settore bancario, pur prevedendo questi ultimi una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei detentori di titoli subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato. Egualmente il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà non sono in contrasto con i punti da 40 a 46 della Comunicazione.

MOTIVO DEL RICORSO. 23. - In seguito alla crisi finanziaria mondiale, che è cominciata nel corso del 2007 aggravandosi negli anni successivi, la Banka Slovenije (Banca centrale di Slovenia, Slovenia) ha accertato, nel mese di settembre del 2013, che cinque banche slovene, ossia la Nova Ljubljanska banka d.d., la Nova Kreditna banka Maribor d.d., l'Abanka Vipava d.d., la Probanka d.d. e la Factor banka d.d., presentavano una carenza di capitale. Tenuto conto dell'entità di tale carenza, dette banche non disponevano di capitali sufficienti per soddisfare i propri creditori e coprire il valore dei depositi.

24. - Il 17 dicembre 2013 la Banca centrale di Slovenia ha adottato talune decisioni che introducevano misure straordinarie per la ricapitalizzazione delle prime due banche citate, il salvataggio della terza e la liquidazione delle ultime due (in prosieguo: le «misure in parola»).

25. - Il 18 dicembre 2013 la commissione ha autorizzato gli aiuti di Stato, previamente comunicati dalle autorità slovene, destinati alle cinque banche interessate.

26. - Le misure in parola, adottate ai sensi della legge sul settore bancario, e in particolare degli art. da 261a fino a 261c e 261e di tale legge, comprendevano la liquidazione del capitale degli azionisti, del capitale ibrido e dei debiti subordinati (in prosieguo: i «titoli subordinati»).

27. - Si evince dal fascicolo sottoposto alla corte che i titoli subordinati sono strumenti finanziari che presentano talune caratteristiche dei prodotti obbligazionari e degli strumenti di partecipazione al capitale. In caso di insolvenza o di liquidazione dell'emittente, i detentori di titoli subordinati (in prosieguo: i «creditori subordinati») sono rimborsati dopo i detentori di obbligazioni ordinarie, ma prima degli azionisti. Tali strumenti finanziari offrono

un rendimento più elevato, quale contropartita del rischio finanziario così assunto dai loro detentori.

28. - L'Ustavno sodišče (Corte costituzionale, Slovenia) è stato adito con numerose domande di legittimità costituzionale depositate da singoli soggetti, da un lato, nonché dallo Državni svet Republike Slovenije (Consiglio di Stato, Slovenia) e dal Varuh clovekovih pravic Republike Slovenije (Difensore dei diritti dell'uomo, Slovenia), dall'altro lato. Tali domande riguardavano la conformità delle disposizioni della legge sul settore bancario, sulla cui base sono state adottate le misure in parola, rispetto alla Costituzione slovena, in particolare rispetto ai principi di irretroattività, di tutela del legittimo affidamento e di proporzionalità, nonché rispetto al diritto di proprietà.

29. - Risulta dalla decisione di rinvio che le disposizioni della legge sul settore bancario mirano a trasporre nel diritto nazionale la comunicazione sul settore bancario, per consentire alle autorità nazionali di accordare alle imprese di tale settore aiuti di Stato compatibili con il mercato interno. Di conseguenza, secondo il giudice del rinvio, sebbene le censure dei ricorrenti di cui al procedimento principale siano dirette contro tali disposizioni, esse riguardano in realtà la comunicazione sul settore bancario. Detti ricorrenti ritengono che tale comunicazione violi non solo la Costituzione slovena, ma anche l'art. 17 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «carta»), nonché le direttive 2012/30 e 2001/24. Il giudice del rinvio dichiara la propria competenza a valutare la costituzionalità delle disposizioni nazionali che attuano la direttiva. Per contro, ritiene di non essere competente allorché vi sia un dubbio sull'interpretazione o sulla validità della norma di diritto dell'Unione che costituisce la base giuridica della disposizione nazionale la cui conformità alla Costituzione è messa in dubbio. In una simile situazione, a parere del giudice del rinvio, la corte dispone della competenza esclusiva a rispondere alle questioni relative alla validità e all'interpretazione di tale norma, di modo che esso possa poi valutare, nella causa pendente dinanzi al medesimo, la costituzionalità delle disposizioni di diritto nazionale di cui trattasi.

SULLE QUESTIONI. 35. - Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la comunicazione sul settore bancario debba essere interpretata nel senso che essa ha un effetto vincolante nei confronti degli Stati membri.

36. - L'art. 108, par. 3, Tfe istituisce un controllo preventivo sulle modifiche degli aiuti esistenti e sui progetti di nuovi aiuti. La prevenzione in tal modo organizzata mira a far sì che venga data esecuzione solo ad aiuti compatibili.

37. - La valutazione della compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 3, Tfe, rientra nella competenza esclusiva della commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione.

38. - A tal proposito, la commissione gode di un ampio potere discrezionale il cui esercizio comporta complesse valutazioni di ordine economico e sociale.

39. - Nell'esercizio di tale potere discrezionale, la commissione può adottare orientamenti al fine di stabilire i criteri in base ai quali essa intende valutare la compatibilità, con il mercato interno, di misure di aiuto previste dagli Stati membri.

40. - In base a consolidata giurisprudenza, adottando siffatte norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui si riferiscono, la commissione si autolimita nell'esercizio di detto potere discrezionale e non può, in linea di principio, discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento (sentenza 8 marzo 2016, Grecia/Commissione, C-431/14 P, EU:C:2016:145).

41. - Pertanto, la commissione non può rinunciare, mediante l'adozione di norme di comportamento, all'esercizio del potere discrezionale che le conferisce l'art. 107, par. 3, Tfeue. L'adozione di una comunicazione quale la comunicazione sul settore bancario non dispensa la commissione dall'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere.

42. - Nel caso di specie, si evince dai punti 41, 43 e 44 della comunicazione sul settore bancario che la giusta condivisione degli oneri a cui detta comunicazione subordina la concessione di un aiuto di Stato implica, in via prioritaria, l'assorbimento delle perdite per mezzo del capitale, e poi, in linea di principio, un contributo dei creditori subordinati. Può essere concessa una deroga ai punti 43 e 44 di detta comunicazione, ai sensi del punto 45 della stessa, se un tale contributo «metterebbe in pericolo la stabilità finanziaria o determinerebbe risultati sproporzionati».

43. - Da quanto precede risulta, da un lato, che l'adozione delle norme di comportamento contenute nella citata comunicazione ha avuto un effetto circoscritto all'autolimitazione della commissione nell'esercizio del proprio potere discrezionale, nel senso che, se uno Stato membro notifica alla commissione un progetto di aiuto di Stato che è conforme a dette norme, quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare tale progetto. Dall'altro lato, gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali.

44. - Ne consegue che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri, ma si limita a stabilire condizioni che mirano a garantire la compatibilità con il mercato interno di aiuti di Stato accordati alle banche nel contesto della crisi finanziaria, di cui la commissione deve tener conto nell'esercizio dell'ampio margine di discrezionalità di cui essa dispone ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue.

45. - Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che la comunicazione sul settore bancario dev'essere interpretata nel senso che essa non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri.

46. - Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli art. da 107 a 109 Tfeue debbano essere interpretati nel senso che ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

47. - La comunicazione sul settore bancario è stata adottata in base all'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue.

48. - Discende da tale disposizione che la commissione può considerare compatibili con il mercato interno gli aiuti che mirano a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

49. - In virtù del potere discrezionale che tale disposizione le conferisce, la commissione può legittimamente rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi di cui alla disposizione medesima. Un aiuto siffatto deve essere necessario per la realizzazione degli obiettivi previsti da tale disposizione, di modo tale che, in sua assenza, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe, di per sé solo, di ottenere che le imprese beneficiarie adottino un comportamento idoneo a contribuire alla realizzazione di tali obiettivi. Infatti, un aiuto che apporti un miglioramento della situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria

senza essere necessario per il conseguimento degli scopi previsti dall'art. 107, par. 3, Tfeue non può essere considerato compatibile con il mercato interno (sentenza 13 giugno 2013, HGA e a./Commissione, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387).

50. - Per quanto concerne l'adozione dei punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in base a detta disposizione, si deve rilevare che i servizi finanziari giocano un ruolo centrale nell'economia dell'Unione. Le banche e gli istituti di credito sono una fonte essenziale di finanziamento per le imprese attive nei diversi mercati. Inoltre, le banche sono spesso interconnesse e molte di esse esercitano le proprie attività a livello internazionale. È per tale ragione che la grave difficoltà di una o più banche rischia di propagarsi rapidamente ad altre banche, vuoi nello Stato membro interessato, vuoi in altri Stati membri. Ciò rischia a sua volta di produrre ricadute negative in altri settori dell'economia.

51. - Come rilevato dall'avvocato generale al par. 56 delle conclusioni, il ricorso alla base giuridica dell'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue è tanto più giustificato dalla circostanza per cui, nell'ambito della crisi finanziaria mondiale che è all'origine dell'adozione di detta comunicazione, l'economia di numerosi Stati membri è stata colpita da gravi turbamenti.

52. - Nel caso di specie, si evince dal punto 2 della comunicazione sul settore bancario che la commissione, con la medesima, ha inteso porre le condizioni di accesso agli aiuti di Stato a sostegno del settore finanziario e precisare i requisiti che tali aiuti devono soddisfare per poter essere considerati compatibili con il mercato interno.

53. - Tra i citati requisiti figura, ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario, quello che prevede la condivisione da parte degli azionisti e dei creditori subordinati degli oneri di copertura dei costi di ristrutturazione delle banche in difficoltà ai fini di colmare la carenza di capitale. Ciò comporta che, una volta assorbite le perdite per mezzo del capitale, i creditori subordinati devono parimenti contribuire alla realizzazione di detto obiettivo, o attraverso la conversione dei loro crediti in capitale, o attraverso la svalutazione di tali crediti.

54. - In sede di verifica della compatibilità di misure di aiuti di Stato con il mercato interno, la commissione ha potuto considerare che, come esposto al punto 15 della comunicazione sul settore bancario, misure di condivisione degli oneri risultavano necessarie al fine di limitare gli aiuti di Stato nel settore bancario al minimo necessario e di ridurre le distorsioni della concorrenza nel mercato interno.

55. - Da un lato, infatti, simili misure di condivisione degli oneri potevano essere considerate come dirette ad impedire il ricorso agli aiuti di Stato in quanto mero strumento che consente di ovviare alle difficoltà finanziarie delle banche interessate.

56. - Dall'altro lato, le misure di condivisione degli oneri mirano a garantire che, prima della concessione di qualsivoglia aiuto di Stato, le banche in carenza di capitale operino, con i propri investitori, una riduzione di tale deficit, in particolare attraverso la raccolta di capitale, nonché attraverso contributi dei creditori subordinati. Simili misure sono atte a limitare l'entità dell'aiuto di Stato concesso.

57. - Una diversa soluzione rischierebbe di provocare distorsioni della concorrenza, in quanto le banche, i cui azionisti e creditori subordinati non avessero contribuito alla riduzione del deficit di capitale, riceverebbero un aiuto di Stato maggiore rispetto a quanto sarebbe stato sufficiente per colmare il deficit di capitale residuale. In tali circostanze, un simile aiuto non sarebbe, in linea di principio, conforme al diritto dell'Unione.

58. - Inoltre, al fine di ovviare al problema del «rischio morale», legato al fatto che le persone sono inclini ad assumere decisioni rischiose allorché le eventuali conseguenze negative di quest'ultime sono sopportate dalla collettività, si deve evitare che le banche siano incoraggiate dalla possibilità di ricevere aiuti di Stato a ricorrere a strumenti finanziari più rischiosi e tali da causare perdite significative, il che potrebbe provocare importanti distorsioni della concorrenza e compromettere l'integrità del mercato interno.

59. - Si deve infine rilevare che, adottando la comunicazione sul settore bancario, la commissione non ha sconfinato nelle competenze affidate al consiglio dell'Unione europea dagli art. 108 e 109 Tfeue. Infatti, dal momento che tale comunicazione stabilisce unicamente norme di comportamento che limitano la commissione nell'esercizio del potere discrezionale conferitole dall'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue, essa non incide sul potere riconosciuto al consiglio, all'art. 108, par. 2, 3° comma, Tfeue, di dichiarare un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno, su richiesta di uno Stato membro, in presenza di circostanze eccezionali, e non costituisce un regolamento ai sensi dell'art. 109 Tfeue, il quale, ai sensi dell'art. 288, 2° comma, Tfeue, esplica effetti vincolanti erga omnes.

60. - Tenuto conto del complesso delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che gli art. da 107 a 109 Tfeue devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

61. - Con la terza e quarta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

62. - Per quanto concerne, in primo luogo, il principio di tutela del legittimo affidamento, si evince da consolidata giurisprudenza che il diritto di avvalersi di tale principio presuppone che rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione. Il diritto menzionato spetta difatti a qualsiasi soggetto in capo al quale un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione abbia ingenerato aspettative fondate, fornendogli precise rassicurazioni (sentenze 16 dicembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Commissione, C-537/08 P, EU:C:2010:769, nonché 13 giugno 2013, HGA e a./Commissione, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387).

63. - Orbene, gli azionisti e i creditori subordinati delle banche oggetto di misure di condivisione degli oneri, previste ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario, quali quelle di cui al procedimento principale, non possono avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento per opporsi all'attuazione delle misure in parola.

64. - Da un lato, infatti, gli azionisti e i creditori subordinati delle banche interessate non disponevano di alcuna garanzia proveniente dalla commissione quanto al fatto che essa avrebbe approvato un aiuto di Stato per affrontare la carenza di capitale di dette banche. Dall'altro lato, gli investitori in parola non avevano ricevuto la rassicurazione che, tra le misure destinate ad affrontare il deficit di capitale delle banche beneficiarie dell'aiuto di Stato autorizzato dalla commissione, non ve ne fossero alcune tali da incidere sui loro investimenti.

65. - Inoltre, la circostanza che, nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale, i creditori subordinati non fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito, come ricordato dalla commissione al punto 17 della comunicazione sul settore bancario, non consente ai creditori di cui al procedimento principale di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento.

66. - Infatti, una simile circostanza non può essere considerata come una rassicurazione precisa, incondizionata e concordante tale da far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati il legittimo affidamento di non essere sottoposti in futuro a misure di condivisione degli oneri. Come già dichiarato dalla corte, se il principio della tutela del legittimo affidamento è uno dei principi fondamentali dell'Unione, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle istituzioni dell'Unione, specialmente in un settore come quello degli aiuti di Stato, il cui oggetto implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica (v., per analogia, sentenza 26 giugno 2012, Polonia/Commissione, C-335/09 P, EU:C:2012:385).

67. - Il giudice del rinvio s'interroga peraltro sulla necessità, per gli Stati membri, di disporre in ogni caso di un periodo transitorio per adeguarsi ai nuovi requisiti della commissione relativi alla condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati.

68. - A tal proposito, la corte ha già dichiarato che, anche a voler supporre che l'Unione abbia precedentemente creato una situazione atta a generare un legittimo affidamento, un interesse pubblico inderogabile può ostare all'adozione di provvedimenti transitori per situazioni sorte prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, ma non ancora conclusesi (v. sentenze 17 luglio 1997, Affish, C-183/95, EU:C:1997:373, e 17 settembre 2009, Commissione/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, EU:C:2009:556).

69. - Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al par. 70 delle conclusioni, l'obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario, al contempo evitando una spesa pubblica eccessiva e minimizzando le distorsioni della concorrenza, costituisce un interesse pubblico superiore di tale natura.

70. - Per quanto concerne, in secondo luogo, il diritto di proprietà sancito all'art. 17, par. 1, della carta, si deve ricordare che, come constatato al punto 44 della presente sentenza, la comunicazione sul settore bancario non può far sorgere, in capo agli Stati membri, un obbligo di procedere a misure di condivisione degli oneri, quali quelle previste ai punti da 40 a 46 di detta comunicazione.

71. - Risulta dal punto 15 della comunicazione sul settore bancario che la condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati costituisce solamente un criterio per l'autorizzazione da parte della commissione di aiuti di Stato concessi alle banche che presentino una significativa sottocapitalizzazione, criterio che consente di limitare tali aiuti al minimo necessario e di prestare attenzione a che il beneficiario degli stessi contribuisca in modo appropriato ai costi della ristrutturazione.

72. - Come rilevato dall'avvocato generale al par. 71 delle conclusioni, la comunicazione sul settore bancario non richiede forme o procedure particolari per l'adozione delle misure di condivisione degli oneri di cui ai punti da 40 a 46 della stessa. Simili misure possono pertanto essere adottate volontariamente dagli azionisti, attraverso un accordo tra l'istituto di credito interessato e i creditori subordinati, il che non può essere considerato come un'ingerenza nel loro diritto di proprietà.

73. - Inoltre, per quanto concerne gli azionisti delle banche, si deve ricordare che, secondo il regime generale applicabile allo status degli azionisti delle società per azioni, questi ultimi assumono in toto il rischio dei propri investimenti. Infatti, discende dal 'considerando' 5 della direttiva 2012/30 che essa mira a salvaguardare il capitale sociale che costituisce una garanzia per i creditori.

74. - Poiché gli azionisti sono responsabili per le passività della banca fino a concorrenza del capitale sociale della stessa, il fatto che i punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario richiedano che, per rimediare alla sottocapitalizzazione di una banca, prima della concessione di un aiuto di Stato, detti azionisti contribuiscano a coprire le perdite subite dalla stessa nella medesima misura che si proporrebbe in assenza di un simile aiuto di Stato, non si può considerare come un elemento che incide sul loro diritto di proprietà.

75. - Le perdite degli azionisti delle banche in difficoltà avrebbero, in ogni caso, la stessa ampiezza, senza che rilevi se queste dipendono da una sentenza dichiarativa di fallimento per mancata concessione di un aiuto di Stato o da un procedimento di concessione di un simile aiuto sottoposta alla condizione previa della condivisione degli oneri.

76. - Per quanto concerne i creditori subordinati, come rilevato dalla corte al punto 27 della presente sentenza, i titoli subordinati sono strumenti finanziari che presentano caratteristiche dei prodotti obbligazionari e degli strumenti di partecipazione al capitale, il che implica che, in caso di cessazione dei pagamenti da parte dell'emittente, i detentori di titoli subordinati sono rimborsati dopo i titolari di obbligazioni ordinarie, ma prima degli azionisti.

77. - Orbene, discende dai punti 41, 43 e 44 della comunicazione sul settore bancario che detti creditori devono contribuire a ridurre la carenza di capitale, da un lato, solo una volta che le perdite siano state in primo luogo assorbite dal capitale e, dall'altro lato, solo «[s]e non vi sono altre possibilità» per superare un'eventuale carenza di capitale della banca interessata o nei casi in cui la banca non soddisfi più i requisiti patrimoniali minimi obbligatori. Inoltre, il punto 46 di detta comunicazione prevede che «dovrebbe essere rispettato il principio secondo cui nessun creditore può essere svantaggiato. I creditori subordinati non dovrebbero pertanto ricevere, in termini economici, meno di quanto sarebbe valso il loro strumento in caso di mancata concessione di aiuti di Stato».

78. - Da tale punto si evince che le misure di condivisione degli oneri alle quali sarebbe subordinata la concessione di un aiuto di Stato in favore di una banca sottocapitalizzata non possono arrecare al diritto di proprietà dei creditori subordinati un pregiudizio che questi ultimi, in caso di procedura di fallimento conseguente alla mancata concessione di un simile aiuto, non avrebbero subito.

79. - Ciò posto, non si può validamente sostenere che le misure di condivisione degli oneri, quali quelle previste dalla comunicazione sul settore bancario, costituiscano un'ingerenza rispetto al diritto di proprietà degli azionisti e dei creditori subordinati.

80. - Si deve pertanto rispondere alla terza e quarta questione dichiarando che il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato. (Omissis)

La natura giuridica della Bankin Communication a seguito della sentenza Kotnik: il quadro normativo europeo degli aiuti di stato al settore bancario, di CECILIA CHIESA

(nota a CGUE, 19-07-2016, n. causa C-526/14)

SOMMARIO: 1. – LA FATTISPECIE: IL RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 267 TFUE ALLA CGUE – 2. IL CONTESTO NORMATIVO ED ECONOMICO – 3. LA DECISIONE DELLA CORTE – 4. LE STATUZIONI DELLA CORTE NEL NUOVO QUADRO NORMATIVO DEGLI AIUTI DI STATO AL SETTORE BANCARIO – 5. CONCLUSIONI.

1. La fattispecie: il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla CGUE. La questione muove dall'adozione di alcune misure straordinarie nei confronti di cinque banche slovene, adottate nel dicembre 2013 dalla Banca centrale nazionale slovena. Questa accertava in cinque istituti di credito una carenza di capitale tale da non poter garantire il soddisfacimento dei creditori e coprire il valore dei depositi, optava quindi per la ricapitalizzazione delle due maggiori banche, il salvataggio della terza e la liquidazione delle minori. Autorizzava aiuti di stato a favore delle cinque banche interessate.

Nello specifico, la Banca centrale slovena in applicazione del principio di condivisione degli oneri, previsto nella “Comunicazione sul settore bancario” adottata dalla Commissione europea nel 2013 relativa all'applicazione degli aiuti di stato al settore bancario durante la crisi finanziaria – puntualmente recepito dalla normativa bancaria slovena – annullava le passività ammissibili nei confronti dei cinque istituti e proponeva istanza per l'autorizzazione da parte della Commissione europea degli interventi di sostegno finanziati con fondi pubblici.

Tale annullamento è stato oggetto di ricorso da parte di singoli soggetti - depositanti ed investitori- nonché del Consiglio di Stato sloveno e del Difensore dei diritti dell'uomo di Slovenia, alla Corte Costituzionale slovena, che sospendeva il procedimento principale e proponeva rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla CGUE. La domanda presentata riguardava la validità e l'interpretazione di alcuni specifici profili della Comunicazione sul settore

bancario; di norme della Direttiva 2012/30/UE, sul coordinamento delle garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'art. 54, par.2 TFUE, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa; e Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.

2. Il contesto normativo ed economico. La recente crisi finanziaria, originatasi negli Stati Uniti e presto estesi anche in Europa, è stata affrontata nella sua fase emergenziale dai singoli paesi con consistenti piani di salvataggio pubblici, così determinando un significativo aumento del debito pubblico dei paesi coinvolti.

In ragione della fattispecie comunitaria sugli aiuti di stato, la Commissione europea si è più volte pronunciata riguardo le modalità di intervento pubblico impiegate per la gestione delle crisi degli intermediari finanziari, precisando in diverse Comunicazioni i criteri applicabili per valutare la compatibilità degli aiuti di stato con il mercato interno.

Se in concomitanza con l'avvio e l'aggravarsi della crisi, la Commissione europea ha adottato un approccio pragmatico, cercando di coniugare il rigore nella difesa della concorrenza nel mercato interno con la necessità di flessibilità manifestata dagli Stati; con l'adozione della Comunicazione sul settore bancario del 2013 l'autorità europea diviene maggiormente intransigente. Il maggiore rigore della Commissione, finalizzato a preservare la stabilità finanziaria, si traduce nell'introduzione di importanti novità nella valutazione degli aiuti, anticipando talune scelte che saranno poi fatte proprie dal legislatore nel meccanismo unico di gestione e risoluzione delle crisi.

3. La decisione della Corte. La pronuncia in commento ha notevoli risvolti, dei quali ci si limiterà qui a esaminare solo i principali.

Una prima questione riguarda l'efficacia vincolante della citata Comunicazione: la CGUE si pronuncia riconoscendo a quest'ultima natura non

vincolante. La Corte di Lussemburgo riconosce l'ampio potere discrezionale di cui gode la Commissione allorché valuta la compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 3 TFUE, e legittima questa all'adozione di orientamenti atti a stabilire i criteri in base ai quali intende autolimitare il proprio potere.

La Corte riconosce che la Comunicazione sul settore bancario ha un contenuto minuzioso e preciso definendo (*rectius* ribadendo) i principi europei vigenti in materia di aiuti di stato al settore bancario, talché finisce per esplicitare ed affermare principi puntuali con carattere sostanzialmente precettivo. Ciò nonostante ritiene che la natura dell'atto non sia ascrivibile a quelli normativi, ma sia norma di soft law. Poiché tali vincoli non hanno forza di legge, né tanto meno effetti vincolanti *erga omnes*, "gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di stato che non soddisfano i criteri previsti da detta Comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali" (Sentenza Corte, punto 43).

Ulteriore questione pregiudiziale, affrontata dai giudici di Lussemburgo nella sentenza in epigrafe, attiene alla previsione di condivisione degli oneri di copertura dei costi di ristrutturazione delle banche in difficoltà da parte degli azionisti e dei creditori subordinati, finalizzata a colmare la carenza di capitale (*burden sharing*).

Secondo la Corte, la disciplina sul punto contenuta nella Comunicazione non risulta essere in contrasto con i trattati, ma anzi è espressione delle prerogative riconosciute alla stessa Commissione dalle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di stato (artt. 107 -109 TFUE). Il carattere discrezionale del potere attribuito alla Commissione ai sensi dell'art. 107 TFUE, implica che questa possa legittimamente rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi di cui alla disposizione medesima.

La Comunicazione, adottata con l'intento di porre le condizioni di accesso agli aiuti di stato, precisa i requisiti alla stregua dei quali il sostegno finanziario pubblico è ritenuto compatibile con il mercato interno. Tra i citati requisiti figura, ai punti da 40 a 46 della Comunicazione sul settore bancario, quello che prevede la condivisione da parte degli azionisti e dei creditori subordinati degli oneri di copertura dei costi di ristrutturazione delle banche in difficoltà ai fini di colmare la carenza di capitale. Ciò comporta che, una volta assorbite le perdite per mezzo del capitale, i creditori subordinati devono parimenti contribuire alla realizzazione di detto obiettivo, o attraverso la conversione dei loro crediti in capitale, o attraverso la svalutazione di tali crediti (punto 53 della Sentenza). Una misura del genere è finalizzata non solo ad ovviare al rischio morale, ma risulta altresì necessaria a limitare gli aiuti di stato al minimo necessario, e a ridurre quindi le distorsioni della concorrenza nel mercato interno.

Infine, la CGUE rileva che l'adozione della citata Comunicazione limitandosi a stabilire le norme di comportamento per l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto alla Commissione ex art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, non incide sulle competenze del Consiglio in materia di aiuti di stato, e non costituisce regolamento produttivo di effetti vincolanti *erga omnes*.

Nelle successive questioni (terza e quarta) è affrontata la compatibilità del contenuto sostanziale del *burden sharing* rispetto a due parametri: il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà. Quanto al primo parametro, la Corte chiarisce che, se nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale si è fatto un ingente ricorso a forme di ricapitalizzazioni pubblicistiche (*bail-out*), senza alcun contributo effettivo da parte dei creditori subordinati, non vuol dire che i creditori possano ora avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento. Mancherebbe una «rassicurazione precisa, incondizionata e concordante» necessaria a far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati un «affidamento legittimo» ed esentarli perciò dal *burden sharing* (RAGANELLI, 2016). Non si vuole riconoscere una prevalenza del potere discrezionale delle istituzioni europee sul principio del legittimo affidamento, ma al contrario la CGUE ribadisce la

necessità di trattare il settore degli aiuti di stato in maniera adattabile ai mutamenti della situazione economica sottostante. Fungerà allora da presidio del legittimo affidamento non l'immutabilità della situazione, quanto piuttosto i presidi con cui l'istituzione europea autolimita il proprio potere discrezionale. La CGUE va oltre, affermando che l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria potrà prevalere sull'eventuale legittimo affidamento derivante da situazioni sorte prima dell'adozione da parte degli Stati membri di provvedimenti di recepimento della nuova normativa.

La potenziale incompatibilità con il diritto di proprietà è esclusa dalla Corte in ragione della posizione giuridica soggettiva degli azionisti nei confronti delle passività della banca e dei creditori subordinati in quanto titolari di strumenti finanziari "ibridi" di partecipazione al capitale, nei limiti del principio *no creditor worse off*. Nello specifico, i creditori subordinati non dovrebbero ricevere, in termini economici, meno di quanto sarebbe valso il loro strumento in caso di mancata concessione dell'aiuto pubblico. Ne discende che le misure di condivisione degli oneri alle quali sarebbe subordinata la concessione di un aiuto non possono arrecare al diritto di proprietà dei creditori subordinati un pregiudizio che questi non avrebbero subito in assenza di un tale aiuto, e quindi nel caso di una conseguente procedura di fallimento (punto 78 della Sentenza).

4. Le statuizioni della Corte nel nuovo quadro normativo degli aiuti di stato al settore bancario. Le questioni su cui si è pronunciata la CGUE offrono diversi spunti interpretativi anche della nuova disciplina introdotta dalla BRRD, dove il ricorso all'intervento pubblico nel procedimento di risoluzione è ammesso solo previo esperimento degli strumenti di *bail-in* e *write down* per un importo minimo pari all'8% del totale passivo. Ci troviamo di fronte a un *burden sharing* più esteso di quello previsto nella Comunicazione della Commissione sugli aiuti al settore bancario, che richiede invece, di imporre una svalutazione o conversione dei soli titoli di capitale, azioni e crediti subordinati, e comunque senza fissare *ex ante* soglie minime di contribuzione. Questa diversità di approccio non genera problemi se si tiene conto della diversa natura degli atti:

soft law la Comunicazione, atto legislativo vincolante la Direttiva, da cui la prevalenza della normativa di quest'ultima. (MARCUCCI, 2016)

La condivisione dei rischi, tramite *write down* e *bail-in*, è concepita nella BRRD in maniera tale per cui l'esclusione discrezionale per il *bail-in* non si sostanzia mai in un'esenzione tout court dell'istituto, ma solo di alcune passività o di determinate categorie di passività. Il *write down* ha carattere indefettibile, e secondo il tenore letterale della BRRD deve precedere qualsiasi azione di risoluzione. La natura indefettibile di tale obbligo può essere rinvenuta nella *ratio* sottesa alla stessa condivisione degli oneri nel contesto della risoluzione, che è finalizzata a limitare l'esborso pubblico tramite appunto l'imposizione della sofferta acquisizione "interna" della crisi.

La misura di intervento pubblico adottata nelle more del procedimento di risoluzione soggiace, per espressa previsione della BRRD, a declaratoria di compatibilità ai sensi della citata Comunicazione della Commissione europea; nulla è, invece, detto circa la possibilità di applicare la deroga alla condivisione degli oneri prevista dalla disciplina in materia di aiuti di stato, in ragione del pericolo alla stabilità finanziaria o in ragione degli eventuali risultati sproporzionati che una sua ligia applicazione determinerebbe. Poiché sul punto è chiamata a pronunciarsi la Commissione, è fuori dubbio che il *Single Board of Resolution* non potrà mai derogare all'obbligo di *burden sharing* pari all'8% del passivo totale. Per superare questo ostacolo, sarebbe però possibile attribuire direttamente la competenza alla Commissione.

A conferma di una tale possibilità è proprio la giurisprudenza Kotnik e le conclusioni rese dall'AG, le quali lasciano intendere che la deroga al *burden sharing* trovi legittimazione non tanto nella sua espressa previsione nella Comunicazione, quanto piuttosto nella mancata previsione di una tale condizione nelle norme del Trattato in materia di aiuti di stato (FERRARO, 2016) ovvero di deroghe al principio generale di proporzionalità che sempre deve ispirare l'attività delle autorità europee (MARCUCCI, 2016).

5. Conclusioni. La sentenza in epigrafe, se da un lato conferma l'orientamento comunitario in materia di aiuti di stato, suscita però alcuni dubbi. Non può dirsi risolta, anzi tutto, la questione dell'efficacia giuridica degli atti di soft law adottati dalla Commissione; la Corte appare inoltre forse eccessivamente sintetica e un po' timida allorché è chiamata a valutare la compatibilità del *burden sharing* con il diritto di proprietà. Per esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo in *Grainger e a. v. UK* ha dichiarato inammissibile il ricorso con cui alcuni azionisti della banca inglese Northern Rock avevano chiesto che fosse loro riconosciuto un indennizzo ai sensi dell'art. 1, Protocollo 1, CEDU, a seguito della loro forzosa contribuzione nelle more della procedura di nazionalizzazione dell'istituto, attribuendo con chiarezza rilevanza alle eccezionali ragioni di interesse generale poste alla base dell'intervento del legislatore nel caso di specie, nell'ottica di scongiurare il *moral hazard*.

Per concludere, emerge la tendenza a riconoscere la stabilità finanziaria quale interesse pubblico idoneo ad imporsi e a prevalere anche rispetto ad altri interessi riconosciuti nei Trattati, nella Carta di Nizza e nella CEDU. L'eccezionalità della crisi e la fattuale preponderanza dell'interesse alla generale stabilità dei mercati finanziari sembrano imporre un assetto giuridico specifico, anche idoneo a modificare il consolidato diritto primario. La stabilità finanziaria diviene concetto poliedrico idoneo ad assumere una diversa accezione a seconda del mutevole contesto economico di riferimento e della diversa autorità, giudiziaria o amministrativa, chiamata a pronunciarsi. Si può dire, in definitiva, che si assiste a una sorte di "funzionalizzazione" del diritto amministrativo europeo.

Riferimenti bibliografici

FERRARO V., *La risoluzione delle crisi bancarie e gli aiuti di Stato: alcune riflessioni sui principi delineati dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 6, p. 1591 e ss
MARCUCCI M., *Aiuti di stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in *L'unione bancaria europea*, (a cura di) Chiti e Santoro, 2016

RAGANELLI B., *Dal bail-out al bail-in: la posizione della Corte di giustizia*, in *Il Foro*, 2016, 12, p. 600 e ss

RAGANELLI B., *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giornale di dir. Amministrativo*, 2017, 3, p. 339 e ss

STELLA M., *I nuovi modi di aiutare le banche (e gli investitori?) nel decreto salva-risparmio*, in *Corriere giuridico*, 2017, 3, p.301 e ss