



PIERRE DE GIOIA CARABELLESE\*

## CRISI BANCARIE E AIUTI DI STATO. LA SENTENZA TERCAS: *BRUSSELS VERSUS ITALY?*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *decisum* del Tribunale dell'Unione europea. – 3. La *ratio essendi* della decisione. – 4. La normativa della tutela dei depositanti e la relazione con il *decisum*. – 4.1. Le soglie di tutela dei depositanti di cui allo schema. – 4.2. Il processo evolutivo di armonizzazione. – 4.3. L'impatto delle crisi bancarie e il così detto sistema paneuropeo. – 4.4. L'imperfetta forma di finanziamento dei fondi di tutela dei depositanti. – 4.5. Sistemi di garanzia dei depositanti e *decisum* Tercas. – 5. Il quadro normativo della BRRD nei suoi rapporti con il concetto di aiuti di Stato. – 6. La vicenda Tercas nella visuale dello strumento di risoluzione del "terzo acquirente" – 7. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Il caso che si commenta, sebbene deciso da un organo geograficamente lontano, a Lussemburgo, ha avuto in Italia una eco così vasta da sembrare che l'opinione pubblica sia stata resa edotta del contenuto della sentenza - per il tramite degli organi d'informazione, in particolare di quelli finanziari - ben prima che gli esperti del settore avessero effettuato la propria analisi di tipo legale. Al di là dei clamori dei mass media, si esamina nel presente contributo il *dictum* e più in generale la disciplina cui il medesimo afferisce, la crisi bancaria, da una visuale di tipo gius-bancaristico, in relazione al complesso e politicamente delicato tema degli aiuti di Stato.

In tale logica si effettua anche un'analisi sia della disciplina delle crisi bancarie e dei poteri di risoluzione conferiti all'autorità amministrativa<sup>1</sup>, introdotta come reazione al nefasto - per le casse dei molti Paesi - *public bail-out*<sup>2</sup>, sia della normativa in tema di tutela dei

\* Full Professor of Law (England HEA - London), Notary Public (Edinburgh) e Avvocato (Roma).

<sup>1</sup> Il *dictum* risale ad un quadro normativo-temporale, del 2013, in cui la famigerata *Bank Recovery and Resolution Directive*, la Direttiva 2014/59, non era ancora entrata in vigore, anche se l'intervento del terzo acquirente, nel caso Tercas, come lumeggiato in seguito, sembra richiamare, nelle sue caratteristiche, uno dei quattro strumenti di risoluzione, e cioè l'acquisto da parte del terzo compratore, che poi sarebbe stato codificato a breve nella BRRD.

<sup>2</sup> La disciplina dei *resolution tool* è rivoluzionaria, proprio perché costituisce un nuovo approccio alle perdite delle banche. La privatizzazione dei profitti quando i bilanci delle banche sono attivi e la socializzazione delle perdite, quando sono insolventi, costituiva la premessa filosofica dell'impianto del *bail-in*. Cfr. *ex plurimis* N.

depositanti, in particolare in connessione con i poteri concessi, in Italia principalmente ma non esclusivamente, al fondo di tutela dei depositanti, tutela che notoriamente rappresenta il terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea. La più recente normativa in tema di risoluzioni bancarie - di cui in particolare alla Direttiva 2014/59<sup>3</sup>, di seguito "BRRD", e al Regolamento 2014/806<sup>4</sup>, di seguito "SRM Regulation" - viene presa in considerazione con specifico riferimento all'acquisizione di una banca da parte di un terzo acquirente privato; a tale fattispecie legale introdotta dalla Direttiva 2014/59, è fondamentalmente ascrivibile, anche se non legalmente applicabile, l'operazione di acquisizione della Banca Tercas (di seguito anche "Tercas" ovvero "Banca in Crisi") effettuata nel 2014 dalla Banca Popolare di Bari (di seguito anche "BPB").

Nel caso concreto, la Commissione Europea ha ritenuto in contrasto con la disciplina degli aiuti statali l'intervento di finanziamento proposto dal principale *safety net* nazionale al fine di agevolare la Banca Popolare di Bari nell'operazione di acquisizione: conseguentemente, in assenza dell'intervento del "Fondo", l'operazione in parola è risultata eccessivamente ed ingiustamente dispendiosa<sup>5</sup> per la banca pugliese. Se è vero, da un lato, che il *modus operandi* del fondo di tutela - che aveva offerto sostegno finanziario - e dell'autorità di vigilanza domestica, è stato ritenuto pienamente legittimo in sede giudiziale, è tuttavia necessario, dall'altro, sottolineare come l'approccio del Tribunale UE sia da considerarsi insoddisfacente: la autonomia del fondo e la provenienza interamente privata delle risorse utilizzate suggeriscono infatti, senza possibilità di smentita, che detto intervento non possa essere considerato aiuto di stato. Tale lettura della fattispecie in esame, rispettosa del carattere fondamentale del terzo pilastro dell'Unione Europea, oltre che pienamente concorde con il contenuto della - successiva - Direttiva 2014/59, è stata

RUCCIA, *The Role of the Private Sector in the Resolution for Banks*, in *Rev. der. com. eur.*, n. 57/2017, pp. 615-640, particolarmente p. 624.

<sup>3</sup> In inglese, *Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council* [2014] L 173/190.

Quando il presente lavoro era pressoché completo, una modifica della BRRD era stata appena pubblicata. Più precisamente, in inglese, *Directive (EU) 2019/879 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 amending Directive 2014/59/EU as regards the loss-absorbing and recapitalisation capacity of credit institutions and investment firms and Directive 98/26/EC* [2019] L 150/296. Cfr. per iniziali commenti su tale articolato P. DE GIOIA CARABELLESE, *La BRRD (o Direttiva bail-in) "atto secondo"*. *Anelando la estrema unzione della BRRD "atto primo"*, ossia in attesa di una vera BRRD II, di prossima pubblicazione.

<sup>4</sup> In inglese, *Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010*, [2014] L 225/1.

<sup>5</sup> Gli interventi privati del fondo di tutela dei depositanti furono ritenuti illegittimi dalla Commissione, proprio sull'assunto, rivelatosi erroneo, che erano in contrasto con gli aiuti di Stato. In tema di aiuti di Stato nel settore bancario, la letteratura italiana è ampia e approfondita. Cfr. *ex plurimis*: A. ANTONUCCI, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *St. integr. eur.*, 3/2018, p. 587 ss.; L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e autonomia di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto - Rivista di diritto tributario e dell'economia*, 5/2017, p. 284 ss.; L. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *Merc. conc. reg.*, 1/2016, p. 109 ss.; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *Dir. Un. eur.*, 4/2014, p. 733 ss.; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e di risoluzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 6/2014, p. 1339 ss. Più recentemente, e con un focus rivolto anche al *dictum* in esame, cfr. D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio di banca Tercas non è un aiuto di stato secondo il Tribunale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 3/2019, p. 174 ss.

sottovalutata dal Tribunale, che pur giungendo alle stesse conclusioni cui giunge il presente contributo (*i.e.* la BPB non ha violato alcuna norma), lo fa attraverso un percorso impervio e che, si vedrà, offre il fianco a numerose critiche.

Il presente contributo analizza la vicenda sottostante, nel più ampio alveo delle crisi bancarie, discute e sviscera il *dictum* e, da ultimo, effettua una proiezione del *decisum* verso la più ampia tematica del *bail-in* e più in generale delle azioni di risoluzione in connessione con la disciplina degli “*State Aid*”, avuta presente la più recente normativa di cui alla BRRD.

## 2. Il *decisum* del Tribunale dell’Unione europea

L’*incipit* della controversia giudiziaria, da come descritto nella stessa narrativa della sentenza del Tribunale dell’Unione Europea<sup>6</sup>, si riconnette alle irregolarità della Tercas, banca la quale, il 30 aprile 2012, su proposta della Banca d’Italia, fu sottoposta ad amministrazione straordinaria<sup>7</sup>. Dopo un primo tentativo, occorso nell’ottobre 2013, di individuare una soluzione di banca acquirente a condizioni di mercato<sup>8</sup>, non andato in

<sup>6</sup> La sentenza del Tribunale UE del 19 marzo 2019 è diventata notoriamente “Sentenza Tercas”. Ciò viene ricordato da G. BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *Federalismi*, Editoriale, n. 8/2019, pp. 1-3, particolarmente p. 1. Allorquando il presente contributo era già in corso di revisione, si è stati resi edotti del contributo di S. AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di “mandato pubblico” (a proposito del “caso FITD/Tercas” – Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 2/2019, pp. 364-374.

<sup>7</sup> Una ampia descrizione di come fosse organizzato il “Gruppo Tercas” alla data dei tratti si legge in D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio*, cit., pp. 176-177.

<sup>8</sup> *Mutatis mutandis*, in uno scenario, quale quello attuale, in cui la BRRD è entrata ormai in vigore, questo è uno dei quattro strumenti di risoluzione, o *resolution tools*: l’intervento da parte del terzo acquirente, di cui agli artt. 38 e 39, BRRD. I *resolution tools*, più in generale, vengono analizzati nella manualistica internazionale in inglese da: M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, 3rd ed., London and New York, 2010, Capitolo 8, di prossima pubblicazione; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, 2018, pp. 195-247; R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, 3rd ed., Oxford, 2018, pp. 171-186; M. DE POLI, *European Banking Law*, Padova, 2017, pp. 199-250; M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, Londra, New York, 2015, pp. 111-134. Nella manualistica italiana, i *resolution tools* sono discussi in C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, pp. 288-296, in particolare pp. 292-293 per il *bail-in*. In tema di *resolution tools* nella letteratura internazionale e relativa bibliografia, cfr. più recentemente, I. FERNADEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Resolution Tools: a Legal Analysis and an Empirical Investigation*, in A. RUIZ OJEDA, J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ (a cura di), *Estudios Sobre de Entidades de crédito – Enfoques Interdisciplinarios*, Madrid, 2019, di prossima pubblicazione.

Approfondimenti monografici e trattatistici in tema di strumenti di risoluzione sono in lingua inglese quelli di M. HAENTJENS, B. WESSELS, *Research handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Cheltenham and Northampton, 2019; M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford, 2016. Sullo specifico tema degli aiuti di Stato nel settore finanziario, cfr. F.-C. LAPRÉVOTE, J. GRAY, F. DE CECCO, s.l. *Research Handbook on State Aid in the Banking Sector*, Cheltenham and Northampton, 2017. In merito a *bail-in* e MREL/TLAC, cfr. M. LAMANDINI, D. RAMOS MUÑOZ, *Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities (MREL)*, in V. Santoro & M. Chiti (a cura di), *The Banking Union*, London, 2019; M. LAMANDINI, G. LUSIGNANI, D. RAMOS MUÑOZ, *Does Europe Have What It Takes to Finish the Banking Union? Non-Performing Loans (NPLs) and Their Hard Choices, Non-Choices and Evolving Choice*, in *EBI Working Paper Series*, no. 17, 2017.

In lingua Italiana, limitatamente alla produzioni monografiche, cfr. *ex plurimis* B. RAGANELLI, *Architettura finanziaria e corti europee*, in *Editoriale Scientifica*, Napoli, 2018; A. BROZZETTI, “*Ending of too big to fail” fra soft law e ordinamento bancario europeo*, Bari, 2018; F. CIRAOLO, *Il finanziamento “esterno” delle risoluzioni bancarie*, Padova, 2018; E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L’armonizzazione europea del diritto delle*

porto, a partire da fine 2013, risultò progressivamente evidente ed ineludibile l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositanti ("FITD"), il principale *safety net* del Belpaese, considerata la situazione di dissesto della banca<sup>9</sup>.

Il FITD, basandosi su di una relazione di una società di revisione del 26 marzo 2014, valutò che il costo dell'intervento a beneficio dei depositanti, in caso di liquidazione, sarebbe stato più elevato di quello che invece, nell'immediato, si sarebbe profilato in un contesto di operatività. Pertanto, il 30 maggio 2014 i competenti organi del FITD decisero di intervenire a sostegno di Tercas. L'intervento si materializzò il 7 luglio 2014, con l'autorizzazione accordata dalla Banca d'Italia, in particolare in merito all'adozione di tre misure, quelle che la stessa sentenza del Tribunale dell'Unione Europea chiama misure controverse<sup>10</sup>; più in particolare e quasi *verbatim*: (a) un contributo di 265 milioni di euro a copertura del *deficit* patrimoniale della Banca (di seguito anche "Prima Misura"); (b) una garanzia di firma del fondo, a beneficio di creditori qualificati, in merito ad una passività che Tercas aveva per un credito di 35 milioni di euro (di seguito anche "Seconda Misura"); (c) una ulteriore garanzia del FITD di euro 30 milioni per impegni di natura fiscale (di seguito anche "Terza Misura").

Al tempo stesso, il commissario straordinario della Banca in Crisi effettuava quegli atti prodromici alla revoca della procedura di amministrazione straordinaria, in linea con gli interventi del FITD. In particolare, con l'assemblea degli azionisti del 27 luglio 2014, il capitale della Tercas veniva azzerato a copertura di precedenti perdite e ricostituito con un aumento di 230 milioni di euro, riservato alla BPB. Il 1° ottobre 2014<sup>11</sup> cessava quindi l'amministrazione straordinaria e la gestione della banca affidata agli ordinari organi statutari. In seguito, furono effettuate ulteriori operazioni finanziarie: nel dicembre 2014, con l'aumento di capitale di 500 milioni di euro, «comprendente l'emissione di nuove azioni e l'emissione di un prestito subordinato di categoria 2»<sup>12</sup>; nel marzo 2015, con un nuovo aumento di capitale di 135.4 milioni di euro, destinato, tra l'altro, a fronteggiare «ulteriori perdite subentrate nel quarto trimestre del 2014»<sup>13</sup>.

È a questo punto che, cronologicamente ed eziologicamente, i fatti si dispiegano nella loro visuale di controversia legale. In particolare, la Commissione della UE, fra agosto e ottobre 2014, chiedeva chiarimenti alle autorità italiane, in merito al modo in cui il fondo

*crisi bancarie*, Torino, 2017; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017. In merito ai contributi, cfr. *ex plurimis* e per tutti G. B. PORTALE, *Dalla "Pietra del vituperio" al bail-in*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1/2017, p. 21 ss.

Sul tema del *bail-in tool* e della sua "illegalità", si permette di far riferimento alle "boutade" di P. DE GIOIA CARABELLESE, D. ZHANG, *Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept* in *Eur. Bus. Law Rev.*, n. 30/2019, pp. 487-511. Una aggiornata bibliografia della letteratura italiana in tema di strumenti di risoluzione delle crisi bancarie si legge in spagnolo in P. DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvencia y Instrumentos de Resolución bancaria*, in *Revista de Derecho Consursal y Paraconsursal*, 2/2019, p. 143 ss. e in inglese in P. DE GIOIA CARABELLESE, *BRRD (or Bail-in Directive), "Second Act" Directive 2019/879: Wishing for the "Last Rites" of the BRRD "First Act", and Hoping for a Proper BRRD II*, di prossima pubblicazione.

<sup>9</sup> In merito alla caratteristiche di un fondo di tutela dei depositanti, si rimanda al Paragrafo 4 *infra*.

<sup>10</sup> Paragrafo 19 della sentenza in commento.

<sup>11</sup> Come messo in evidenza nel Paragrafo 6 *infra*, nella procedura dell'acquisto da parte di terzo acquirente codificata nella BRRD, un tale passaggio non sarebbe necessario.

<sup>12</sup> Paragrafo 25 della Sentenza del Tribunale UE. I giudici di Lussemburgo ricordano che tale aumento di capitale servi «al consolidamento dei coefficienti di capitale di BPB, che avevano subito gli effetti della acquisizione della Tercas» (*ibid.*).

<sup>13</sup> Paragrafo 26 del *decisum* in commento. Gli altri due erano quello «di coprire i costi di ristrutturazione nel 2015 e 2016» e «di migliorare i coefficienti di capitale della Tercas» (*Ibid.*).

interbancario era intervenuto nel salvataggio<sup>14</sup>; ne conseguiva, il 27 febbraio 2015, l'avvio della procedura di infrazione di cui all'articolo 108, TFUE, per il modo in cui tale misura era stata autorizzata. La Commissione, dopo aver ricevuto risposte da parte dei soggetti destinatari<sup>15</sup> e dopo due infruttuosi incontri con le autorità italiane e le parti interessate, adottava la decisione di infrazione il 23 dicembre 2015. La decisione della Commissione, poi impugnata, si basava fondamentalmente sulla considerazione che l'intervento del 7 luglio 2014 era in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE e ricadeva quindi tra gli «aiuti incompatibili e illegittimi concessi dalla Repubblica italiana a Tercas»<sup>16</sup>, con conseguente richiesta di recupero. Più in particolare la Commissione, in un tentativo di riqualificazione degli specifici interventi, considerava la Prima Misura de facto «un contributo a fondo perduto», «destinato a coprire il deficit patrimoniale di Tercas». La Seconda Misura era riqualificata e valutata, in termini di aiuto, quale somma pari a 140 milioni di euro, in quanto la relativa esposizione, di meno di un terzo, era stata integralmente rimborsata. La Terza Misura era ritenuta parimenti quale contributo a fondo perduto, per i costi di natura fiscale.

Contro la decisione della Commissione ricorrevano la parte destinataria e le parti interessate. Il Tribunale, dopo aver rigettato i ricorsi respingeva l'intervento del FITD, ma autorizzava l'intervento della Banca d'Italia. Le cause scaturite dai diversi ricorsi erano riunite in un'unica causa il 14 dicembre 2017. Il decisum del Tribunale dell'Unione Europea (di seguito anche "Sentenza del Tribunale UE"), in via preliminare, confermava la ricevibilità del sostegno da parte del FITD, malgrado un tale diritto fosse stato contestato dalla Commissione. Per contro, il ricorrente, pugnacemente, richiamava la portata dell'art. 263, comma 4, del TFUE<sup>17</sup>, in particolare il principio per cui qualsiasi «persona fisica o giuridica può proporre, [a certe condizioni], un ricorso contro gli atti, adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». Il *dictum* della Corte, a tal proposito, è *tranchant*. Essendo il FITD direttamente interessato alla decisione impugnata<sup>18</sup>, e lo era individualmente<sup>19</sup>, l'eccezione di irricevibilità doveva essere rigettata.

Quello che rileva maggiormente è tuttavia il merito della decisione circa la qualificazione dell'intervento del FITD e cioè se deve ritenersi o meno aiuto di stato. In proposito la sentenza, come anticipato ampiamente nei vari commenti, ha statuito che l'intervento non poteva qualificarsi quale aiuto di stato, con conseguente accoglimento dell'impugnativa dei ricorrenti. Tre sono gli stadi del ragionamento della Corte, in ciascuno dei quali l'organo giudiziario di Bruxelles sembra cassare ciascuna delle argomentazioni. In primo luogo<sup>20</sup>, la Commissione aveva preteso che il FITD fosse «titolare di un mandato pubblico» e che «l'intervento del FITD a favore di Tercas [era] stato effettuato al fine di

<sup>14</sup> Con repliche che le autorità italiane fornirono il 16 settembre ed il 14 novembre 2014.

<sup>15</sup> Risposte ricevute dalla stessa Repubblica italiana, ma anche dal FITD, dalla BPB, e da Tercas.

<sup>16</sup> Paragrafo 32 della Sentenza del Tribunale UE.

<sup>17</sup> «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste dal primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente ed individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

<sup>18</sup> Paragrafo 52 della sentenza del marzo 2019 in commento.

<sup>19</sup> Cfr. Paragrafo 53 della Sentenza del Tribunale UE.

<sup>20</sup> Cfr. Paragrafo 140 della Sentenza del Tribunale UE.

tutelare i depositi dei depositanti»<sup>21</sup>. A tal proposito, le argomentazioni, con le quali l'impianto accusatorio/difensivo della Commissione viene smontato, sono difficilmente eccepibili. Concettualmente, il mandato pubblico attribuito ad un fondo di tutela dei depositanti determina di per sé «la imputabilità dell'intervento allo Stato»<sup>22</sup>: il mandato, pubblico, a rimborsare i depositanti viene attivato<sup>23</sup> nel momento in cui la crisi dell'impresa bancaria è tale da determinarne la liquidazione. Ad usare un ragionamento ulteriore rispetto a quello della Tribunale si potrebbe dire che, nella visione del giudice, l'organo che gestisce il *safety net* adempie un mandato pubblico solo quando la circostanza del rimborso ai depositanti, fino ad un massimo di euro 100.000, diventi obbligatoria<sup>24</sup>. Il mandato pubblico non si rinviene, tuttavia, nel caso in cui, “a monte” di tale circostanza, vi sia un dissesto dell'ente creditizio e il *depositor's guarantee fund* usi le risorse del fondo medesimo - che sono private e non pubbliche<sup>25</sup> - per finalità di risanamento. In tale diverso contesto, un fondo di tutela, di per sé privato, non opera in forza di un mandato pubblico e, pertanto, può utilizzare tali risorse in modo privatistico<sup>26</sup>.

La Commissione aveva ritenuto che l'intervento Tercas era pubblico, in quanto la Tercas era assoggettata ad una amministrazione straordinaria e che il commissario straordinario, *longa manus* della Banca d'Italia, aveva facoltà di avviare l'intervento pubblico, con gli ampi poteri attribuiti anche alla Banca d'Italia, autorità pubblica<sup>27</sup>. Tuttavia, osserva correttamente e più razionalmente il Tribunale nel *decisum* in commento, l'intervento del FITD era una delle opzioni poste dalla BPB, banca acquirente, al fine di ricapitalizzare la Tercas, ma certamente non era l'unica opzione, al fine del salvataggio. L'assenso dato dal FITD, come anche quello del Commissario Straordinario, non dovevano ritenersi la scaturigine dell'intervento, quanto piuttosto autorizzazioni di tipo formale, necessarie ai sensi di legge e statuto, per smobilizzare così ingenti fondi. Tali autorizzazioni, come

<sup>21</sup> La decisione della Commissione UE di aprire una procedura di infrazione contro l'Italia è commentata da A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2015, pp. 315-335. L'Autore correttamente evidenzia, in merito a quella decisione, che le risorse obbligatorie «... non sono direttamente collegate agli interventi alternativi, essendo obbligatorio per legge soltanto il rimborso dei depositanti». In secondo luogo, il mandato pubblico è assente nel caso in cui l'intervento riguardi modalità alternative di intervento, laddove è tale, inequivocabilmente aggiunge chi scrive, nel caso in cui si riferisca al rimborso dei depositanti. Ulteriori riferimenti a “Tercas” si leggono in M. CASSELLA, A. D'ONOFRIO, *L'applicazione della disciplina della risoluzione delle banche nell'Unione Europea*, Note e Studi, Assonime, 2016.

<sup>22</sup> Cfr. Paragrafo 141 delle Sentenze del Tribunale UE.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Anche questa statuizione non sembra nemmeno totalmente convincente. La cogenza della normativa UE in tema di tutela dei depositanti è di creare, prima di tutto, un diritto soggettivo inderogabile, a beneficio del depositante fino a 100.000 euro, con ristoro da parte del fondo di tutela nel caso in cui la relativa banca non sia grado di adempiervi. Sembra che questo non sia semplicemente un diritto di credito, ma un diritto soggettivo assoluto, in quanto basato su una disciplina cogente della Unione Europea, vincolante per ciascuno stato membro. L'obiettivo ulteriore, rispetto a tale esigenza primaria, è quello di far sì che il sistema bancario nel suo complesso mantenga la sua credibilità come soggetto pagatore. Sulla interazione fra *resolution financing arrangements* e *deposit guarantee schemes*, cfr. M. SCHILLIG, *Resolution*, cit., pp. 311-340.

<sup>25</sup> Cfr. Paragrafo 4 *infra*.

<sup>26</sup> A tal proposito il *decisum* ricorda i *caveat* di tale intervento, che sono connessi: (a) alla esistenza di una prospettiva di risanamento; (b) alla circostanza che l'intervento risulti «meno oneroso rispetto all'attuazione della garanzia divenuta legale dei depositi dei depositanti».

<sup>27</sup> Paragrafo 143.

rimarcato dalla Corte, non sono tali da riqualificare gli interventi previsti dal piano - che ha caratteristiche privatistiche - quali aiuti vietati<sup>28</sup>.

A voler teorizzare e dunque estrarre un principio dal *dictum* in esame, si può affermare che, al fine di escludere ogni nesso di causalità fra iniziativa dell'organo di gestione dell'impresa e qualificazione dell'intervento del fondo quale aiuto, l'intervento dell'acquirente in merito ad una banca in dissesto deve essere o esclusivamente o prevalentemente iniziativa del terzo privato, piuttosto che un *enticing*, una sollecitazione da parte di un soggetto pubblico<sup>29</sup>. *A contrario*, laddove l'organo amministrativo si espanda al di fuori del proprio *agere*, divenendo egli stesso "imprenditore" mercé un ruolo attivo nella scelta dell'acquirente privato o finanche gestendo l'intervento, allora vi potrebbe essere il rischio che, ove risorse del fondo fossero utilizzate, queste potrebbero assumere le caratteristiche di aiuti statali. Si potrebbe argomentare allora che, quando viene adottata una procedura amministrativa, come l'amministrazione straordinaria di una banca in crisi, debba scattare una sorta di *passivity obligation vis-a-vis* gli organi della procedura, sicché questi devono essere spettatori del mercato, ma non artefici. Infatti, date le risorse di cui dispongono, un ruolo attivo che eventualmente svolgessero contribuirebbe a qualificarli quali imprenditori pubblici, *ergo* soggetti che impiegano soldi dello stato o comunque interferiscono quali soggetti pubblici nella gestione di fondi privati<sup>30</sup>. Per contro, se il ruolo degli organi pubblici è limitato alla gestione delle risorse e ad un mero controllo di legalità, come avvenuto per Tercas, allora la qualificazione quale aiuto di stato dovrà essere esclusa.

Il terzo argomento del Tribunale è connesso alla censura, sollevata dalla Commissione, circa il carattere obbligatorio dell'uso dei fondi del FITD: da un lato le banche sono obbligate ad aderire al fondo, dall'altro gli istituti di credito interessati all'intervento non hanno potere di veto<sup>31</sup>. Anche questa censura viene rintuzzata dalla Corte, con argomentazioni che appaiono convincenti. Le risorse del fondo sono private<sup>32</sup>, e *inter alia* l'intervento a favore di Tercas era nell'interesse dell'intero sistema di banche

<sup>28</sup> È utile enfatizzare l'argomento della Corte, al paragrafo 145: «...Pertanto, è piuttosto in considerazione di un'iniziativa privata trasmessa al commissario straordinario, il quale ha ritenuto, come avrebbe fatto un amministratore ordinario posto nella stessa situazione, che essa fosse nell'interesse dell'impresa da lui amministrata, che al FITD è stata presentata una richiesta di intervento a norma dell'articolo 29, comma 1, del suo statuto».

<sup>29</sup> Rimane da vedere se la chiamata del terzo acquirente da parte di un fondo di tutela dei depositanti sia da configurarsi sollecitazione di tipo pubblico equiparabile ad un aiuto di stato. Se è consentita in questa sede una velata ironia socratica, la Commissione UE, con il medesimo furore che l'ha ispirata nella decisione in esame, ha detto di sì. Per contro, più sommessamente, chi scrive ritiene di no, in quanto il fondo ha caratteristiche consortili, di organismo che gestisce le contribuzioni degli aderenti, banche, entità le quali, proprio sotto l'ombrello della Unione Europea (così detta Prima Direttiva Bancaria e Seconda Direttiva Bancaria) sono diventati soggetti pienamente privati. Sarebbe paradossale ed in dispregio di principi giuridici di interpretazione delle norme, che gli stessi soggetti siano considerati da Organi della UE, privati per certi fini, e pubblici per altri. Cfr, per un profilo nella letteratura inglese in tema di evoluzione della normativa europea, M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European*, cit., pp. 3-17.

<sup>30</sup> Quanto il presente contributo era già stato sottoposto a revisione, si è venuti a conoscenza di un ulteriore commento alla sentenza in esame. In tale contributo, si afferma correttamente che « [...] the intervention carried out by the FITD was an act adopted by a private consortium composed of all the Italian non-mutual banks, deciding together how to support the acquisition of one of their members in order to prevent an orderly liquidation, which could have endangered their stability and their assets» (Banca d'Italia eurosistema, *The Role of the CJEU in Shaping the Banking Union: Notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219717)*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 85/2019, 31).

<sup>31</sup> Paragrafo 150 della Sentenza del Tribunale UE.

<sup>32</sup> Paragrafo 151 della Sentenza del Tribunale UE.

italiane, una volta verificato che, giusta le osservazioni degli esperti incaricati dal commissario straordinario, un intervento successivo, *rectius* tardivo, in fase di liquidazione, sarebbe stato più oneroso<sup>33</sup>.

### 3. *La ratio essendi della decisione*

Si condivide, preliminarmente, la decisione del Tribunale della EU, anche se non si comprende appieno il ragionamento seguito dalla Corte, che appare “conservatore” in un contesto giurisprudenziale e concettuale, complesso, che pone l’esigenza di fare chiarezza in modo definitivo in una materia così cruciale. Sul concetto di “*State Aid*”, in relazione al salvataggio di banche, l’approccio dei giudici dell’UE non è stato sempre univoco. Il caso *Doux Elevage*<sup>34</sup> sembra simboleggiare l’orientamento della Corte di escludere il carattere di aiuto di stato ove l’intervento promani da organizzazioni professionali ovvero di categoria, ed i relativi fondi siano provenienti da contribuzioni degli stessi aderenti<sup>35</sup>. Medesimo orientamento era condiviso dalla Commissione prima dello “scoppio” del caso *Tercas* ed era simboleggiato dal salvataggio *Roskilde Bank A/S*, una banca danese, di cui alla decisione della Commissione Europea del 31 luglio 2008<sup>36</sup>. In questo caso si era trattato di una garanzia concessa dal locale fondo di tutela dei depositanti. Era stato deciso che l’intervento in parola non rivestiva il carattere di aiuto di stato, trattandosi di fondo alimentato con i contributi degli aderenti e gestito sulla base di sue autonome decisioni, assunte a maggioranza degli associati.

E’ pur vero che la Corte non ha mai abdicato a tenere in considerazione e, in alcuni casi, ad adottare l’opposto orientamento. L’origine pubblica dei fondi utilizzati non è l’elemento qualificante dell’intervento quale aiuto di stato, atteso che ciò che rileva è l’imputabilità della decisione allo Stato. In tal senso assumerebbe rilevanza non necessariamente il rapporto organico o di controllo tra «la pubblica autorità e l’ente erogatore»<sup>37</sup>, piuttosto il “grado di influenza” esercitabile dall’autorità amministrativa<sup>38</sup>. Era proprio questo grado di influenza quello che, strenuamente, la Commissione Europea

<sup>33</sup> Per contro, cfr. paragrafo 160 del *decisum*, la Corte rintuzza l’argomento della Commissione circa il fatto che sarebbe stato difficile «per enti bancari dissociarsi dal FITD, di cui sono storicamente membri e che costituisce ad oggi l’unico fondo di garanzia dei depositi che riunisce le banche non mutualistiche, per creare un altro fondo di garanzia che potrebbe così essere riconosciuto dalla Banca d’Italia ed il cui statuto consentirebbe di intervenire solo a titolo della garanzia legale dei depositi e, se del caso, di rifiutare di contribuire a un intervento a favore di un membro, anche se l’intervento sia stato adottato da parte degli organi direttivi».

<sup>34</sup> C-677/11, 30 maggio 2013.

<sup>35</sup> Ciò sarebbe il caso di un fondo di tutela dei depositanti. Secondo tale configurazione, il fatto che l’associazione o consorzio abbia una autorizzazione o, *rectius*, un riconoscimento pubblico, non cambia la qualifica privatistica, e non pubblicistica delle somme, nella misura in cui l’organo pubblico svolga semplicemente un «mero controllo di regolarità e legittimità». Cfr. A. M. BENTIVEGNA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia risanamento e risoluzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, n. 3/2015, pp. 25-54, particolarmente p. 48.

<sup>36</sup> European Commission, 31 luglio 2008, NN 36/2008 Denmark.

<sup>37</sup> A. M. BENTIVEGNA, *Fondi*, cit., p. 47. Incidentalmente, nel rapporto fra FITD e Banca d’Italia, tale interazione sembra mancare.

<sup>38</sup> Il paradigma in tal senso è il caso *Stardust Marine*, C-482/99, sentenza 16/5/2002.

Nella dottrina italiana cfr. A. M. BENTIVEGNA, *Fondi*, cit., p. 47.



cercava di corroborare, attraverso circostanze fattuali ed episodi, di per sé banali<sup>39</sup>, ma che nella teoria complottistica militavano nel senso che il fondo era in realtà *longa manus* della Repubblica Italiana.

Tuttavia, se la costruzione di per sé è suggestiva, pragmaticamente è arduo cogliere come possa applicarsi. Non è un caso che la stessa Commissione pare aver individuato la debolezza di tale tesi. Proprio quando il presente contributo è già definito, si ha contezza che la Commissione ha in animo di impugnare il provvedimento in esame<sup>40</sup>. Ove la Corte adita avesse optato per il più logico orientamento (fondi privati: assenza di aiuto di stato; fondi pubblici: aiuti di Stato), la saga Tercas si sarebbe chiusa con i *decisum* in commento, senza possibilità alcuna per la Commissione UE di intralciare un fenomeno che è ben consolidato quale principio fondante dell'Unione Europea, *ergo* il terzo pilastro come forma di tutela del depositante, o in via diretta, con il rimborso delle somme che la banca non è in grado di corrispondere, o in via indiretta, attraverso attività dinamiche del fondo che, indirettamente e prospettivamente, tutelano il depositante<sup>41</sup>.

La decisione della Corte appare censurabile anche per non aver colto le caratteristiche del mercato bancario e finanziario, in particolare il suo essere interconnesso<sup>42</sup>. L'intervento del fondo interbancario appariva necessario al fine di salvaguardare la credibilità dell'intero sistema. L'industria del credito presenta un rischio di facile contagio che, se non rintuzzato, si può estendere agli operatori "sani". Data questa interconnessione esistente all'interno dell'industria, il FITD, ma in generale ogni fondo operante in un moderno Paese, ha una sorta di mandato di tipo consociativo ad utilizzare i fondi, privati e non pubblici, a beneficio della consociata in difficoltà; *ergo*: non aiuto di Stato, ma aiuto di tipo consociativo e privatistico<sup>43</sup>.

Più in generale, la sentenza in commento non è la prima sul tema della interazione fra uno strumento di risoluzione (sebbene, nel caso di Tercas, un acquisto di terzo acquirente *ante litteram*) e aiuti di stato. Un ulteriore caso deciso dalla Corte di Giustizia è stato quello delle banche slovene, rilevante per finalità di analisi giuridica a diversi fini, non solo relativi alla tematica degli aiuti statali ma anche alla legittimità di azioni di risoluzione che espropriano i diritti degli azionisti. Il 4 dicembre 2013 piccoli titolari di titoli di debito promossero un'azione legale di fronte alla Corte Costituzionale della Slovenia, contestando

<sup>39</sup> La circostanza che i rappresentanti della Banca d'Italia partecipavano alle riunioni con il terzo acquirente doveva essere considerata quale indice di trasparenza, anche in relazione al fatto che l'Autorità di Vigilanza deve esprimere una valutazione sulla adeguatezza del soggetto acquirente; per contro, era ritenuta dalla Commissione indice della teoria complottistica.

<sup>40</sup> B. ROMANO, 'Caso Tercas, la Commissione fa appello contro il Tribunale Ue' in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2019, <https://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2019-05-29/caso-tercas-commissione-fa-appello-contro-tribunale-ue--170358.shtml?uuid=ACH3BGK>, accesso 17 giugno 2019.

<sup>41</sup> Nella dottrina italiana (A. ARGENTATI, *Sistemi*, cit., pp. 315-335, particolarmente p. 317) viene correttamente notato che la decisione della Commissione relativa a Tercas è molto distonica anche con un precedente italiano, quello di Sicilcassa, in cui nel 1999 la Commissione ritenne che il finanziamento da parte del fondo interbancario italiano per mille miliardi di lire - finalizzato a consentire l'acquisto da parte del Mediocredito centrale della banca siciliana - non costituiva aiuto di stato, in circostanze in cui finanche la Banca d'Italia, con i fondi del Decreto Sindona, avrebbe coperto potenziali, ulteriori perdite. La Commissione UE, in quell'occasione, aprì bensì la procedura di infrazione (Commissione 2000/600/Ce del 10 novembre 1999) ma concluse nel breve volgere di un anno che non vi è era violazione delle disciplina degli aiuti di Stato (A. ARGENTATI, *Sistemi*, cit., p. 323).

<sup>42</sup> L'argomento viene efficacemente menzionato da G. BRANCADORO, *La sentenza*, cit., pp. 1-4.

<sup>43</sup> Ancora, sul punto, cfr. G. BRANCADORO, *La sentenza*, op.cit., p. 4. L'Autore aggiunge che vi è anche un rischio reputazionale dell'intera industria bancaria, che l'intervento del fondo mira a tutelare.

la legittimità della decisione adottata nel 2013 dalla Banca di Slovenia, la Banca Nazionale di quel Paese, di espropriare tutti i titolari di bond subordinati e di azioni di cinque banche slovene, incluse quelle definibili “importanti” da un punto di vista sistemico (lo erano tre delle cinque). La Banca Centrale di Slovenia fece leva su di una comunicazione della Commissione UE dell’1 agosto 2013<sup>44</sup> al fine di motivare il proprio *modus operandi*. In particolare, secondo l’autorità bancaria slovena occorre procedere ad un completo *written-down* o annullamento dei debiti selezionati e, dunque, una imposizione di una condivisione di oneri fra azionisti e titolari di debiti subordinati, prima che fossero concessi aiuti di ogni tipo alle banche in dissesto<sup>45</sup>.

Il caso fu di seguito riferito alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea al fine di ottenere un giudizio sulla validità della comunicazione della banca centrale slovena<sup>46</sup>. L’opinione dell’Avvocato Generale della Corte del 18 febbraio 2016, si riverberò, in quanto quasi pedissequa, nella decisione finale della Corte, secondo cui l’adozione della comunicazione era necessaria e giustificata: essendo quella comunicazione il frutto di una crisi finanziaria globale, quella del 2007/2008, la Commissione aveva posto le basi giuridiche e concettuali per il risanamento di una banca in crisi. Al fine di limitare le distorsioni del mercato e di evitare aggravii dei bilanci pubblici, appariva ragionevole il sacrificio imposto ai titolari di passività, attraverso la conversione dei crediti e la loro svalutazione<sup>47</sup>. La Corte poi, chiamata a decidere se una tale svalutazione e/o conversione dovesse essere totale, prima che aiuti di Stato siano concessi (tesi pura e dura), ovvero la stessa possa essere parziale, adottò la seconda posizione, in particolare prevedendo che, ove un istituto di credito non sia allineato ai requisiti minimi di capitale, la falciatura della conversione ovvero della svalutazione dovrà riguardare tutti i titoli subordinati. In altre parole e in via di principio, ciò è *condicio sine qua non* per la concessione degli aiuti in parola<sup>48</sup>.

Il caso delle banche slovene, quasi coevo a quello della decisione sulla *Tercas*, e l’applicazione ortodossa della comunicazione da parte della Commissione, può presentare elementi di sottile connessione logica. Vi può esser stata in entrambe le circostanze una applicazione eccessivamente rigida della Comunicazione, se non finanche psicologicamente traumatizzata<sup>49</sup>, in un contesto in cui, nel 2013/2014, l’effetto combinato delle crisi finanziarie del 2007/2008 e quelle dell’Euro-zona del 2011, erano ben lungi dall’essere deflagrate. Tuttavia, la Commissione può aver ignorato, nel caso della *Tercas*, le virtuose peculiarità dell’ordinamento bancario italiano, in particolare il fatto di essere basato su un fondo di garanzia le cui risorse non sono semplicemente finalizzate, in chiave *ex post*, a rimborsare i depositanti, ma in chiave *ex ante* a prevenire le crisi attraverso strumenti dinamici, di cui è dotato il fondo italiano, ma evidentemente non anche quello sloveno. Inoltre, anche se estraneo al tema del presente contributo, si nota che il tentativo

<sup>44</sup> Commission, *The Application, from 1 August 2013, of State Aid Rules to Support Measures in Favour of Banks in the Context of the Financial Crisis*, COM (2013) 216 (Banking Communication).

<sup>45</sup> E’ da notare che in questo caso i creditori “risolti” non ricevettero nulla.

<sup>46</sup> Case C-526/14 *Kotnik and Others* Advocate General’s Opinion – 18 February 2016, Advocate General: Wahl.

Nella letteratura italiana, fra i commenti si rinvia a N. RUCCIA, *Il rapporto tra bail-in e aiuti di Stato secondo la Corte di Giustizia*, in *Università degli Studi di Bari, Annali*, 2016, Anno IV, pp. 459-465.

<sup>47</sup> N. RUCCIA, *Il rapporto*, cit., pp. 459-465, in particolare p. 462.

<sup>48</sup> N. RUCCIA, *Il rapporto*, cit., pp. 459-465.

<sup>49</sup> Sulla natura psicologicamente traumatizzata di tutta la normativa della BRRD, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank e decisum della Suprema Corte Britannica relativa al Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impresa società*, n. 2/2019, pp. 377-425.

dell'autorità slovena di regolamentare i mercati, assoggettando a *bail-in* i debiti dei titolari di bond, segna l'importanza del parametro della legittimità nel caso di privazione della proprietà, particolarmente con riguardo ai crediti<sup>50</sup>.

Da ultimo, è da notare che la sentenza in esame è attualmente oggetto di impugnativa dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con causa 425/19<sup>51</sup>.

#### 4. La normativa della tutela dei depositanti e la relazione con il *decisum*

Una delle parti più significative della legislazione della UE emanata negli anni più recenti in materia di diritto bancario e finanziario è certamente la Direttiva 2014/49 (di seguito anche "Direttiva SGD")<sup>52</sup>. E' stato sottolineato in dottrina<sup>53</sup> che la Direttiva SGD, concernente i sistemi di garanzia dei depositi, comprende una varietà di previsioni e introduce un significativo nuovo principio: un sistema paneuropeo di protezione dei depositi bancari<sup>54</sup>. Nell'intenzione del legislatore ed al di là della *ratio essendi* economica che

<sup>50</sup> Nella dottrina internazionale, l'interazione fra investimenti in generale e diritti umani si legge in Y. RADU, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, s.l., 2018. E' da notare, anche se estraneo al tema, che la sentenza della CJEU sulle banche slovene censurò la decisione della banca nazionale slovena, di non prevedere alcun compenso per i creditori ovvero soci le cui pretese erano state convertite.

<sup>51</sup> L'episodio della impugnativa da parte della Commissione è ricordato correttamente da D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio*, cit., p. 185, nota 39.

<sup>52</sup> Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sui sistemi di garanzia dei depositi. Sulla direttiva in questione cfr. S. ANTONIAZZI, *L'unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, pp. 359-436; in argomento v. anche F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, pp. 733-768; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, pp. 1339-1366.

Si ricorda che nel frattempo sono stati promulgati in Italia: a) il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 (Attuazione 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); b) il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181 (Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione 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. Sebbene tali decreti legislativi implementino la BRRD e non la Direttiva SGD, gli stessi indirettamente interferiscono con la Direttiva DSG nel senso che, in caso di crisi bancaria, restano tutelati i depositi fino all'importo anzidetto. Più in generale, è da notare che tanto la Direttiva SGD quanto la BRRD fanno parte di un programma unico del legislatore europeo. Nella letteratura anglo americana, per un primo commento in merito alla Direttiva sulle Crisi Bancarie, si veda M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European*, cit., pp. 111-133.

<sup>53</sup> Si permetta di rimandare a P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESA, *The So-Called Pan-European Depositors' Protection Scheme. A Further Euro Own-Goal?*, in *Maastricht. Jour. Eur. Comp. Law*, n. 23/2016, pp. 241-260, in particolare pp. 242-243.

<sup>54</sup> Nella dottrina italiana, in tema di tutela dei depositi, cfr. per tutti S. BONFATTI, *La disciplina della deposit preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 6/2016, pp. 1-22.

giustifica un tale pilastro<sup>55</sup>, la protezione dei depositanti del Vecchio Continente tenderebbe alla piena armonizzazione degli ordinamenti dei Paesi dell'Unione, come si evince dal Considerando 6 della Direttiva SGD la quale prescrive per tutti i Paesi dell'Unione un livello di garanzia omogeneo<sup>56</sup>.

Nell'analizzare la Direttiva SGD in relazione al *dictum* in commento, in particolare alla sua interazione con l'operatività dei sistemi di garanzia e alla sua possibile frizione con il concetto di aiuto di stato<sup>57</sup>, si osserva che, in tema di tutela dei depositi, sono stati fatti "passi da gigante" negli ultimi anni, anche se l'evoluzione normativa, non sempre è apparsa bilanciata, come purtroppo riscontrabile per la gran parte della disciplina post crisi finanziaria 2007/2008.

#### 4.1. Le soglie di tutela dei depositanti di cui allo schema

E' vero che da più di un lustro il criterio dell'armonizzazione uniforme ha sostituito quello improntato alla soglia "minima", in vigore fin dalla Direttiva 94/19<sup>58</sup>. Quest'ultima aveva stabilito, infatti, che ciascun Paese membro dovesse garantire la soglia minima di protezione dei depositi pari a 20.000 euro, anche se ciascuno Stato non incontrava alcuna limitazione nella individuazione dell'ammontare massimo. Il limite minimo di protezione fu incrementato nel 2009 per effetto della Direttiva 2009/14<sup>59</sup>, la quale con l'occasione emendò, ma non sostituì, la Direttiva SGD. Tale intervento, emanato per effetto delle crisi finanziarie, congegnava un aumento della soglia a 100.000<sup>60</sup> euro, con un nuovo *threshold* effettivo a partire dal 31 dicembre 2010<sup>61</sup>, tuttora ahimè in vigore<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> Nella letteratura in lingua inglese, cfr. C. GOODHART, *The Regulatory Response to the Financial Crisis*, CESifo Working Paper No. 2257, Category 6: Monetary Policy and International Finance, 2008. Si veda anche J. CARIBONI, E. JOOSSENS, A. UBOLDI, *The Promptness of European Deposit Protection Schemes to Face Banking Failures*, in *Journal of Banking Regulation*, n. 11/2019, pp. 192-209.

<sup>56</sup> Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., pp. 241-260, particolarmente p. 242.

<sup>57</sup> Nel letteratura del Belpaese in tema di tutela dei depositanti è alluvionale. *Ex plurimis* ed in ordine cronologico progressivo: D. VATTERMOLI, *Il nuovo sistema di tutela dei depositanti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1997, p. 13 ss.; G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998; S. MACCARONE, *Sistemi di garanzia dei depositanti*, in F. BELLÌ, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Vol. II, Bologna, 2003, p. 1265 ss.; O. CAPOLINO, G. COSCIA, E. GALANTI, *La crisi delle banche e degli intermediari finanziari*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 1009; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2009, p. 380 ss.; F. CAPRIGLIONE, R. CERCONE, *Commento sub art. 96 TUB*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Padova, 2012, p. 1210 ss.; I. SABBATELLI, *Tutela del risparmio e garanzia dei depositi*, Padova, 2012.

Sulla tematica ancillare della tutela degli investitori, Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Commento sub artt. 59, 60 TUF*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, pp. 563-575 e pp. 575-582.

<sup>58</sup> Direttiva 94/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 1994 sui sistemi di garanzia dei depositi riguardante il livello di copertura e il termine di rimborso (EJ L 68/3) (Direttiva 94/19).

<sup>59</sup> Direttiva 2009/14/EC del Parlamento europeo del Consiglio dell'11 marzo 2009 di modifica della Direttiva 94/19/EC, entrata in vigore il 16 marzo 2009, tre giorni dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, secondo l'art. 3 della Direttiva medesima. A far tempo da tale data (16 marzo 2009), il livello di garanzia è aumentato da 20.000 fino a 50.000 euro.

<sup>60</sup> La reazione immediata alle crisi finanziarie fu che, se non si fosse elevata la soglia minima ad un livello di almeno 100.000 euro, la credibilità del sistema bancario sarebbe stata pregiudicata.

<sup>61</sup> La rapida fluttuazione del livello di protezione verificatasi anche in ciascun Paese dell'UE al sorgere degli effetti derivanti dalla crisi finanziaria. In Gran Bretagna, per esempio, dove il collasso della Northern Rock nel 2007 sollevò legittime preoccupazioni per la corsa agli sportelli bancari, con effetto dal 1° ottobre 2007 il

E' estraneo alla analisi del *dictum* in oggetto la disamina delle ragioni per cui un depositante debba fare affidamento su una forma di protezione<sup>63-64</sup>. La sua mancanza ovvero la sua limitatezza quantitativa potrebbe spingere i depositanti a correre verso gli sportelli<sup>65</sup>, espressione che esprime, quasi tautologicamente, l'orrore del pubblico verso il "fallimento" della banca, anche se non è totalmente chiaro – né è sempre spiegato con chiarezza dottrinalmente – verso quali lidi il depositante spaventato vada, una volta ritirate le somme, a parte il proverbiale materasso che gli antenati italioti hanno tramandato. D'altra parte, una troppo generosa rete di sicurezza offerta al cliente, nell'intento di neutralizzare le conseguenze di una insolvenza bancaria, potrebbe risultare controproducente, in termini sia giusbancari che gius societari, atteso che l'azzardo morale troverebbe un inevitabile incoraggiamento<sup>66</sup>, con conseguente instabilità dell'ente creditizio. Una via di mezzo porta a stabilire un adeguato ed equilibrato livello di tutela dei depositanti tenendo conto che la liquidità della banca può così beneficiare di un suo incremento per effetto della fiducia della clientela nel sistema bancario<sup>67</sup>.

#### 4.2. Il processo evolutivo di armonizzazione

Nell'Unione europea la materia della tutela dei depositanti è stata oggetto di un processo di armonizzazione partito nel 1994<sup>68</sup>. Il legislatore europeo ha ritenuto che la protezione del depositante sia uno dei principi cardine del sistema bancario dell'Unione tanto da costituirne, come sopra detto, terzo pilastro. Pertanto, ciascuno Stato è tenuto ad adottare la protezione dei depositi, in una misura - ancora insufficiente ad avviso di chi

livello di protezione dei depositi fu aumentato a 35.000 sterline e riguardò ogni deposito nella sua totalità. Prima del suddetta variazione, le prime 2.000 sterline erano protette per l'intero, mentre ogni ulteriore somma al di sopra del detto limite e fino a sterline 33.000, era garantita al 90%. Per una panoramica sul sistema corrente di protezione del depositante in Gran Bretagna, vedi I. MACNEIL, *An Introduction to the Law of Financial Investment*, 2nd ed., Oxford, Portland, 2012, pp. 241 ss.

<sup>62</sup> Considerazioni critiche in merito a tale soglia si leggono in P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 243, ed anche *infra* in questo paragrafo.

<sup>63</sup> In tal senso si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 244. La letteratura economica è vasta. L'assicurazione esplicita del deposito è riconosciuta come una forma di protezione basata su «legislazione, come la legge della banca centrale, la legge bancaria o la costituzione ...» (A. DEMIRGÜÇ-KUNT, T. SOBACI, *Deposit Insurance around the World*, in *The World Bank Economic Review*, n. 15/2001 pp. 481-490, particolarmente p. 482). In tutti gli altri casi, la rete di assicurazione è riguardata come implicita. B. CLARKE, *Deposit Guarantee Schemes* in M. HAENTJENS, B. WESSELS, *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, s.l., 2015, p. 345 ss.; M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European*, cit., p. 124.

<sup>64</sup> R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4<sup>th</sup> ed., Londra, 2011, p. 46; Basel Committee on Banking Supervision, *Consultative Paper Document. Report and recommendations of the Cross-Border Bank Resolution Group* (September 2009).

<sup>65</sup> G. HOGGART, P. JACKSON, E. NIER, *Banking Crises and the Design of Safety Nets*, in *Journal of Banking and Finance*, 2005, pp. 143-159, particolarmente p. 145.

<sup>66</sup> A. DEMIRGÜÇ-KUNT, E. DETRAGIACHE, *Does Deposit Insurance Increase Banking System Stability? An Empirical Investigation*, in *Journal of Monetary Economics*, n. 49/2002, pp. 1373-1406; A. DEMIRGÜÇ-KUNT, H. HUIZINGA, *Market Discipline and Deposit Insurance*, in *Journal of Monetary Economics*, n. 51/2004, pp. 375-399.

<sup>67</sup> Gli Stati Uniti sono stati i primi ad introdurre un concetto legale di protezione dei depositanti fin dal 1934 nell'intento di impedire la corsa agli sportelli innescata dalla Grande Depressione. Da ultimo ciò è ricordato da P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit.

Per un panoramica dottrinale, cfr. A. DEMIRGÜÇ-KUNT, E. DETRAGIACHE, *Market*, cit., pp. 375-399, particolarmente p. 378.

<sup>67</sup> A. CAMPBELL, J. RAYMOND LA BROSSE, D. G. MAYES, D. SINGH, *Deposit Insurance*, Londra, 2007.

<sup>68</sup> A. CAMPBELL, J. RAYMOND LA BROSSE, D. G. MAYES, D. SINGH, *Deposit*, op. cit.

scrive - che non è lasciata alla discrezione degli ordinamenti nazionali, essendo obbligatoria e, da ultimo, condizione preliminare per la stessa autorizzazione bancaria<sup>69</sup>.

È ben noto che, nell'Unione Europea questa tutela non è riservata soltanto al sistema bancario, a beneficio del depositante, ma è stata implementata, da almeno due decenni, anche nel settore degli investitori<sup>70</sup>. Per contro, il settore assicurativo è ancora mancante di uno schema coordinato di protezione dei possessori di polizze nonostante le deliberazioni in materia siano divenute molto ricorrenti<sup>71</sup>. Sulla base della precedente normativa (Direttiva 94/19), il livello di protezione del depositante non veniva imposto a ciascun Paese con un limite fisso; piuttosto, l'“armonizzazione” si realizzava stabilendo semplicemente una somma minima di denaro che il depositante era autorizzato a richiedere al sistema di garanzia nazionale nei casi in cui le disponibilità della relativa banca fossero insufficienti. In un tale scenario, ciascuno Stato membro era obbligato ad attenersi a questa “soglia” minima, fermo restando che un Paese restava pienamente autorizzato a garantire i suoi depositanti con un livello di protezione più alto di quello prescritto dalla Direttiva<sup>72</sup>. Nella versione originale, la Direttiva 94/19, art 7(1), stabiliva questa “soglia” in 20.000 ecu, più tardi convertita in 20.000 euro<sup>73</sup>.

In seguito alla crisi finanziaria del 2007/2008, il legislatore comunitario deliberò di aumentare il limite minimo di protezione che, con la Direttiva 2009/14 fu portato a 100.000 euro. Più specificamente, l'art. 1 della stessa Direttiva apportò un'importante modifica all'art. 7(1) della precedente Direttiva 94/19, così stabilendo: «dal 31 dicembre 2010, gli Stati membri dovranno assicurare che la copertura del totale dei depositi del medesimo depositante sia di Euro 100.000 in caso di indisponibilità dei depositi»; successivamente fu abolita la possibilità precedentemente prevista di aumentare il limite minimo del 10 per cento. Con la Direttiva SGD, già citata, vi è stato un differente approccio nell'affrontare la materia della protezione del depositante, mercé il criterio uniforme di protezione<sup>74</sup>, piuttosto che quello minimo. Più in particolare, nessun Paese è autorizzato ad incrementare la “soglia” di protezione (pari a 100.000 euro)<sup>75</sup>, sebbene, per depositi derivanti da particolari transazioni ovvero aventi finalità sociale o di altro tipo, lo Stato membro potrà prevedere una maggiore copertura<sup>76</sup>.

#### 4.3. *L'impatto delle crisi bancarie e il così detto sistema paneuropeo*

Non si entra nel merito, in quanto estraneo al presente lavoro, della ragione per cui, in caso di crisi bancarie, si riscontra un trasferimento di depositi da Paesi dove la copertura risulta comparabilmente bassa a quelli dove, invece, viene offerto un più elevato grado di protezione<sup>77</sup>. L'esodo fu indirettamente, facilitato dalla Direttiva 94/19, poiché il livello di

<sup>69</sup> B. CLARKE, *Deposit*, cit., pp. 345 ss.; M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European*, cit., p. 125 ss.

<sup>70</sup> Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 245.

<sup>71</sup> Cfr. *Commission White Paper on Insurance Guarantee Schemes* COM(2010) 370, pubblicato il 12 luglio 2010.

<sup>72</sup> Per un breve comment sulla Direttiva 1994/19 nella letteratura in lingua inglese, vedi tra gli altri C. PROCTOR, *The Law and Practice of International Banking*, Oxford, 2010, pp. 265 ss.

<sup>73</sup> Il livello di protezione del depositante è un concetto diverso da quello riferito alla velocità con cui l'SGD rimborsa il depositante, una volta che sono state riscontrate determinate importanti condizioni. Un tale aspetto esula dall'analisi del presente contributo. Nella letteratura, cfr. J. CARIBONI, E. JOOSSENS, A. UBOLDI, *The Promptness*, cit., pp. 192-209.

<sup>74</sup> Considerando 6 della Direttiva SGD.

<sup>75</sup> Storicamente, alfieri del “machismo” protettivo erano i tedeschi, la cui legislazione consentiva agli schemi di tutela finanche protezioni fino a 1.000.000 di euro.

<sup>76</sup> Considerando 26 della Direttiva SGD. Questi depositi sono specificati nell' art. 6(2) della Direttiva SGD.

<sup>77</sup> Sebbene questa sia la premessa ideologica su cui è basata la legislazione, in realtà, a livello empirico è più facile osservare che, dopo le crisi finanziarie del 2007/2009 e dopo quella dell'Euro-zona del 2011, la fuga di

copertura adottato da ciascun Paese poteva essere illimitato, nonostante la soglia minima di 20.000 euro; dunque, i depositanti erano più inclini ad aprire un conto bancario nel Paese che garantiva la soglia più alta di protezione. In linea con la precedente Direttiva 1994/19<sup>78</sup>, la disciplina prevede che ciascuno Stato membro deve assicurare, innanzitutto, l'istituzione di un sistema di protezione dei depositi e, secondariamente, che l'SGD della banca si trovi non solo nel Paese di autorizzazione (*home country*) ma anche in qualsiasi altro Paese dell'UE e dell'AEE nel caso in cui una banca vi operi con succursali o in regime di mutuo riconoscimento<sup>79</sup>. Teoricamente, ma anche nella pratica di singoli Paesi, più sistemi di garanzia possono operare nella stessa giurisdizione purché autorizzati dall'autorità locale. Questa è la ragione per cui la Direttiva SGD stabilisce che la disciplina si applica, fondamentalmente, al SGD e agli altri istituti per legge.

È interessante osservare che, durante la vigenza della Direttiva 94/19, ciascun sistema di garanzia e il ceto bancario del Paese che lo ospitava erano i diretti responsabili in caso di reclami dei depositanti della banca operante in quel Paese, come pure dei suoi depositanti residenti altrove. Di conseguenza, i sistemi degli altri Paesi dell'UE non condividevano l'onere, in capo ai sistemi di ciascuno Stato membro, di rimborsare i depositanti di quel Paese. Empiricamente da tutto questo derivava che il depositante di un Paese trovava protezione esclusivamente ogniqualvolta il sistema nazionale di garanzia avesse sufficiente denaro per fronteggiare le richieste. Inoltre, nei casi in cui le condizioni finanziarie del sistema bancario di un determinato Paese risultassero oltremodo deteriorate, l'SGD nazionale non poteva fare affidamento sull'assistenza finanziaria degli altri sistemi di garanzia. In altre parole, nel precedente scenario gli SGD nazionali operavano in modo isolato senza possibilità di collegamento per risolvere efficacemente le situazioni di crisi. La mancanza di osmosi comportava che un collasso, di proporzioni eccezionali ma pur sempre possibile, dell'intero sistema bancario di un determinato Paese avrebbe significato, *de facto*, l'impossibilità da parte del SGD nazionale di soddisfare le richieste di rimborso presentate dai depositanti nazionali. Né questi ultimi potevano fare affidamento sulla benevola assistenza del sistema di un altro Stato dell'UE, in mancanza di uno specifico obbligo di salvataggio in tal senso.

È stato già osservato dalla dottrina<sup>80</sup> che questo scenario era destinato a cambiare con l'emanazione della Direttiva 2014/49. Come si può desumere dal suo *incipit*, tale Direttiva mira ad «eliminare talune differenze tra le legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda il regime in materia dei sistemi di garanzia dei depositi al quale [gli] enti creditizi sono sottoposti»<sup>81</sup>, per far sì che l'attività creditizia sia agevolata<sup>82</sup>. Ancora, la Direttiva SGD enfaticamente esprime l'auspicio che si possa avere la possibilità di fondere gli SGD dei

denaro è avvenuta da Paesi in cui il sistema bancario veniva reputato talmente debole - per cui anche lo stesso sistema di garanzia dei depositi non era considerato in grado di tutelare i depositanti - verso quelli il cui sistema veniva ritenuto solido, in quanto la patologia del sistema aveva affetto un numero limitato di enti creditizi.

<sup>78</sup> L'eventuale aumento di protezione è stato eliminato. Il divieto di esportazione, esistente nella Direttiva 1994/19 e nell'ICD cadde in prescrizione nel 1999. G. WALKER, R. PURVES, *Financial Services Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2014, p. 125.

<sup>79</sup> Il ritardo o la mancanza di attuazione di uno schema nazionale di tutela dei depositanti avrebbe innescato la "regola Francovich". Si veda il *dictum Francovich & Bonifaci v Republic of Italy* (Case C-6/90 and C-9/90) [1991] ECRI-5357.

<sup>80</sup> Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., pp. 241-260.

<sup>81</sup> Considerando 2 della Direttiva SGD.

<sup>82</sup> *Ibid.*

diversi Stati membri o che si possano «creare sistemi transfrontalieri su base volontaria»<sup>83</sup>. Per la prima volta, l'art. 12 della Direttiva in parola introduce il concetto di collegamento tra gli SGD attraverso il meccanismo dei prestiti reciproci che darebbe la possibilità ad un sistema di garanzia, di ottenere liquidità da uno o più sistemi operanti nei diversi Paesi dell'UE.

Ai sensi dell'art. 12(1), devono verificarsi le seguenti condizioni affinché un prestito possa essere concesso: (a) «l'SGD mutuuario non sia in grado di adempiere ai propri obblighi... a causa della mancanza di mezzi finanziari disponibili...»; (b) «l'SGD mutuuario abbia fatto ricorso ai contributi straordinari...»; (c) «l'SGD mutuuario abbia assunto l'impegno giuridico di utilizzare i fondi presi a prestito per regolare i diritti all'indennizzo [dei depositanti]»; (d) «l'SGD mutuuario non sia attualmente soggetto all'obbligo di rimborsare un prestito ad altri SGD...»; (e) «l'SGD mutuuario indichi l'importo di denaro richiesto»; (f) «l'importo totale preso a prestito non superi lo 0,5 per cento dei depositi coperti dell'SGD mutuuario»; (g) «l'SGD mutuuario informi immediatamente l'ABE [Autorità bancaria europea] e indichi le ragioni per cui le condizioni di cui al presente punto sono soddisfatte e l'importo di denaro richiesto».

La Direttiva SGD si premura bensì di richiedere a ciascun sistema di garanzia di accumulare fondi sufficienti a coprire i relativi rischi<sup>84</sup>, in stretta correlazione con la esigenza di tutela dei depositanti, ma non anche in connessione con interventi «creativi», quali quelli di cui all'intervento dalla FITD nel capitale della *Tercas*. In particolare, «gli Stati membri assicurano che, entro il 3 luglio 2024, i mezzi finanziari disponibili di un SGD raggiungano quanto meno un livello-obiettivo dello 0.8 per cento dell'importo dei depositi coperti dai suoi membri»<sup>85</sup>. In buona sostanza a più alti rischi assunti dalla banca con un aumento dei depositi dovrà corrispondere una richiesta di contributi più elevata.

#### 4.4. *L'imperfetta forma di finanziamento dei fondi di tutela dei depositanti*

Nelle intenzioni del legislatore comunitario, il sistema dei prestiti reciproci, insieme con quello dei contributi basati sul rischio, avrebbe dovuto consentire, in ambito comunitario, a ciascun sistema di garanzia nazionale di proteggere i propri depositanti<sup>86</sup>. Tuttavia, ad una più approfondita analisi, il nuovo regime appare scarsamente adeguato agli obiettivi prefissati, per molteplici ragioni.

Innanzitutto, il modo con cui l'art. 12(1) è formulato lascia spazio a perplessità e critiche: «Gli Stati membri possono autorizzare gli SGD a concedere prestiti ad altri SGD all'interno dell'Unione, su base volontaria...».

Con riferimento al richiamato art. 12(1), due aspetti appaiono discutibili: (1) il verbo usato, «possono», suggerisce che, nel nuovo quadro legislativo, ciascun Paese dell'UE è semplicemente autorizzato a permettere al suo SGD di prestare denaro all'SGD degli altri Paesi dell'Unione, ma non ha alcun obbligo a farlo; (2) l'espressione «su base volontaria» sembra accentuare la fragile natura del meccanismo. Anche se lo Stato membro

<sup>83</sup> Considerando 4 della Direttiva SGD.

<sup>84</sup> C. PROCTOR, *The Law*, cit., p. 287.

<sup>85</sup> Art. 10 della Direttiva SGD.

<sup>86</sup> È stato recentemente pubblicato un progetto di consultazione per un accordo di cooperazione tra SGD. Vedi Autorità Bancaria Europea: *EBA Consults on Draft Guidelines on Cooperation Agreements between Deposit Guarantee Schemes* (29 luglio 2015) <https://www.eba.europa.eu/-/eba-consults-on-draft-guidelines-on-cooperation-agreements-between-deposit-guarantee-schemes>, accesso 30 luglio 2015.



ha autorizzato l'infra-prestito tra SGD, nondimeno resterebbe agli organi sociali dell'SGD di recepire o meno l'opportunità offerta dalla propria legislazione che pertanto è opt-out. In breve, un Paese dell'Unione può recepire la possibilità per un SGD di prestare denaro ad altro SGD, tuttavia l'SGD di quello Stato può non aderirvi non prevedendo l'“*infra-prestito*” nel proprio statuto. Da tutto quanto osservato consegue che i prestiti reciproci tra sistemi di garanzia dell'UE sono soggetti a un “doppio-*caveat*” in ambito nazionale, essendo previste, per la concessione di tale forma di prestito, due diverse autorizzazioni: (i) del legislatore del Paese membro; (ii) dello statuto dell'SGD locale. La prima risulta essere necessaria, la seconda deve essere semplicemente prevista nello statuto.

Una perplessità scaturisce poi dalla lettura della direttiva in esame. Infatti, l'importo totale del prestito è soggetto ad un limite pari allo 0.5 per cento dei depositi coperti dell'SGD<sup>87</sup>. La previsione è opinabile in quanto disattende l'aspettativa di solidarietà che dovrebbe caratterizzare i sistemi di garanzia dell'Unione. In maniera empirica questo può essere corroborato con un esempio. Considerato che nei 28 Paesi dell'UE è presente un sistema di garanzia per ciascuno Stato<sup>88</sup>, nei casi in cui un sistema nazionale necessitasse di liquidità, il massimo ammontare globale che il sistema sarebbe autorizzato a ricevere in prestito sarebbe, nella migliore delle ipotesi, pari al 13,5 per cento. Questo è il risultato del limite massimo pari allo 0,5 per cento dei depositi complessivi coperti, moltiplicato 27, che corrisponde al numero dei sistemi degli altri Paesi dell'Unione. Appare ovvio che il 13,5% dei depositi coperti come massimo ammontare su cui il sistema locale può fare affidamento, in caso di mancanza di liquidità o, ancora peggio, di insolvenza totale, costituisce una prospettiva tutt'altro che florida. Coloro che, nel Paese bisognoso di liquidità, stessero pensando di aprire un conto bancario sarebbero scoraggiati dal farlo.

Nell'approfondire ulteriormente l'analisi della previsione di legge di cui all'art. 12(2) della Direttiva SGD, le perplessità si rafforzano piuttosto che dissiparsi. Il legislatore dell'Unione disciplina nel dettaglio i termini e le condizioni del prestito e del suo rimborso: (a) la durata del prestito non può essere fissata dalle parti in quanto dovrà avere una durata massima fino a cinque anni; (b) il prestito potrà essere anche su base annuale e l'interesse sarà dovuto esclusivamente a fronte del rimborso («al momento del rimborso»). È evidente come queste regole riducano l'autonomia negoziale delle parti. Con riguardo al secondo aspetto di cui alla lett (b), sebbene la norma sembri proteggere il sistema del mutuatario, in realtà, in caso di carenza di liquidità, la previsione normativa potrebbe andare a detrimento del sistema stesso. Infatti, il possibile anticipato rimborso del prestito, che potrebbe essere a beneficio del mutuatario, è escluso dalla meticolosa formulazione dell'art. 12(2).

Una ulteriore *vexata quaestio* è costituita dall'art. 12(2) della Direttiva SGD. La sua lettera *b*) stabilisce che il tasso di interesse fra i due fondi fratelli non può essere agevolato, in quanto dovrà corrispondere quanto meno al tasso per operazioni di rifinanziamento marginale della Banca Centrale Europea. Il precetto costituisce un *favor* per il finanziatore piuttosto che per il mutuatario e ciò è paradossale, in una disciplina che dovrebbe proteggere il fondo vulnerabile, piuttosto che quello forte. Tale previsione è lungi da un sistema di solidarietà che dovrebbe ispirare l'Unione Europea, e sembrerebbe quasi un ulteriore campanello di allarme per il depositante del Paese dell'UE in difficoltà finanziaria

<sup>87</sup> Art. 12(1)(f) della Direttiva SGD. In merito a tale precetto, si rinvia a P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 248, in merito ad una possibile incongruenza fra diverse versioni linguistiche della Direttiva SGD ovvero finanche una incongruenza concettuale.

<sup>88</sup> È una mera ipotesi. In realtà, in ciascun Paese è legalmente fattibile avere più di un SGD, e invero ve ne sono.

per renderlo edotto del fatto che il salvataggio del sistema nazionale può tradursi in un alto costo per quel sistema<sup>89</sup>.

Da ultimo, corollario dell'art. 12 è il suo punto 3 finale, in cui è sancito che «i contributi percepiti dall'SGD mutuatario siano sufficienti per rimborsare l'importo preso a prestito e ristabilire il livello-obiettivo quanto prima». La norma non risulta del tutto chiara. Una possibile interpretazione, probabilmente troppo rigorosa, è che all'SGD non è permesso ottenere prestiti da un altro sistema se i contributi non sono adeguati a consentire il rimborso. Un'interpretazione alternativa, non del tutto supportata dal tenore della previsione legislativa, è quella per cui un possibile prestito cui ricorre un SGD può comportare che il sistema chieda ai partecipanti di incrementare i loro contributi per assicurare che l'SGD che finanzia possa vedere rimborsato il prestito concesso. In merito si possono formulare due osservazioni: (i) la norma comporta che l'infra-prestito possa rendere i contributi significativamente più onerosi, con conseguente duplice pregiudizio per il sistema nazionale di quello specifico Paese che non solo dovrà fronteggiare una situazione di illiquidità, ma dovrà anche chiedere alle banche di pagare maggiori contributi; (ii) il legislatore sembra essere più interessato al rimborso all' SGD mutuante (e alla sua stabilità) piuttosto che alla protezione del depositante nazionale e alla sua aspettativa di rimborso del suo deposito. Dunque, l'art. 12(3) è una norma che contrasta particolarmente con la filosofia che corrobora non soltanto la Direttiva 2014/49, ma l'intero e consolidato sistema di garanzia del depositante.

La fondamentale carenza che influenza il nuovo cosiddetto sistema paneuropeo di garanzia dei depositanti attiene al modo con cui gli SGD nazionali intervengono su ciascun altro sistema e alle modalità di sostegno del sistema nazionale. Se lo scopo essenziale della rete di sicurezza dei depositanti è quello di garantire che, nei casi di insolvenza bancaria, non vi sia la corsa agli sportelli, le nuove norme si rivelano inadeguate ad assicurare il raggiungimento di questo obiettivo. Infatti, il depositante dell'Unione è ancora *de facto* trattato diversamente a seconda che il suo deposito di importo superiore a 100.000 euro si trovi in un Paese dell'Unione ad alto rischio oppure in uno Stato membro con scarsi rischi perché dotato di istituzioni creditizie sane. Il deposito potrebbe teoricamente essere in una banca sana perché la situazione finanziaria di quella banca è altamente soddisfacente, ma se quella banca opera in un Paese dell'UE le cui finanze pubbliche sono lontane dall'essere soddisfacenti, l'eventuale *default* dello Stato di appartenenza potrebbe causare il collasso di quel sistema finanziario e, alla fine, il fallimento dell'SGD locale.

Si può ritenere che l'SGD locale non sarà in condizione di rimborsare i depositi garantiti. È arduo ipotizzare che un simile sistema di garanzia possa soddisfare le richieste di rimborso dei depositanti di tutte le banche di quel Paese; né le nuove disposizioni dell'art. 10 dell'SGD potrebbero essere di alcun aiuto in ragione del limite dell'ammontare di denaro che può essere prestato da altro SGD. I piccoli depositanti dell'Unione, nel pensare all'apertura di un conto bancario, certamente rifletteranno su questa carenza strutturale di isolamento finanziario degli SGD esistenti in ciascun Paese. La rete di garanzia dei depositanti dell'UE per il modo con cui è stata di recente strutturata resta, dunque, ancora *de facto* ristretta nell'ambito nazionale e ben lontana dal raggiungere l'obiettivo di un mercato unificato e integrato.

<sup>89</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., pp. 241-260.

#### 4.5. *Sistemi di garanzia dei depositanti e decisum Tercas*

L'esempio della Grecia - che ebbe non poche difficoltà per la risoluzione della crisi durante l'estate del 2015 - conferma le perplessità sin qui espresse in merito alle previsioni di cui alla Direttiva SGD. In proposito vale la pena sottolineare che essa, con particolare riferimento all'art. 12 riguardante gli infra-prestiti, andava recepita dagli Stati membri entro il 3 luglio 2015<sup>90</sup>.

Se il suo fondamentale principio ispiratore fosse confermato, in Grecia, quasi un lustro addietro, contrariamente a quanto accaduto, non si sarebbe dovuta verificare alcuna emorragia dai depositi bancari. L'esistenza di un sistema di garanzia nazionale, che può interagire con altre 27 controparti collegate, non avrebbe dovuto suscitare panico nei depositanti che, pertanto, non avrebbero dovuto effettuare alcuna corsa agli sportelli, in chiara contraddizione con un importante Considerando della stessa Direttiva SGD<sup>91</sup>.

Le perplessità in ordine alla concreta attuazione della Direttiva SGD emergono dal caso Landsbanki, esaminato dalla corte dell'AELS - Associazione europea di libero scambio (Autorità di sorveglianza dell'AELS *versus* Islanda)<sup>92</sup>. È noto che Landsbanki era un colosso bancario islandese la cui filiale (Iceave), proprio prima dello scoppio della crisi finanziaria del 2008, aveva attratto *on line* grandi quantità di conti bancari<sup>93</sup> di depositanti dell'UE, e, in particolare, della Gran Bretagna e dei Paesi Bassi<sup>94</sup>. L'Islanda, aveva introdotto nella sua legislazione un sistema di garanzia di depositi, offrendo una protezione di Euro 20.887 (quindi non al di sotto di quella che allora era la soglia di 20.000 euro). Tuttavia la crisi che esplose in Islanda fu così grave che portò al collasso non solo la banca in questione, ma l'intero sistema bancario e con esso l'SGD. Il Ministro delle Finanze islandese l'8 ottobre 2008, in una simbolica dichiarazione di sconfitta e, al tempo stesso, di sfida, comunicò al suo interlocutore britannico che, per carenza di risorse finanziarie, l'Islanda non era in grado di salvare l'ormai compromesso SGD, lasciando, con questo annuncio, senza parole i depositanti britannici. Il Governo britannico, per ragioni politiche, decise di accollarsi il pagamento dei depositanti britannici della banca islandese per la parte di conto bancario (fino a corone islandesi 1.700.000, livello di protezione dell'Islanda, corrispondenti a 20.887 euro) che, secondo le disposizioni dell'UE, doveva essere onorata dal fallito SGD islandese<sup>95</sup>. Al contrario, per la parte di deposito eccedente 20.887 euro, non vi era dubbio che, non spettando il relativo rimborso al Governo britannico, sarebbe stato l'SGD di quest'ultimo - e non quello islandese - responsabile del pagamento fino a 50.000 sterline per ciascun depositante. Infatti, poiché Landsbanki, nell'offrire i suoi prodotti bancari in

<sup>90</sup> Art 20(1) della Direttiva SGD; in argomento v. anche la Decisione della Commissione Europea del 27 luglio 2012, relativa all'aiuto di Stato SA34832 (2012/C) al quale la Grecia ha dato esecuzione nei confronti di Alpha Bank tramite il Fondo Ellenico di Stabilità Finanziaria.

<sup>91</sup> Considerando 33 Direttiva SGD: «Per gli enti creditizi il costo della partecipazione a un SGD non è paragonabile a quello derivante da un massiccio ritiro dei depositi non solo da un ente creditizio in difficoltà, ma anche da istituti sani, per effetto del venir meno della fiducia dei depositanti nella stabilità del sistema bancario». In altre parole, il costo di partecipazione degli enti creditizi al fondo è sempre meno di quello che, nel loro complesso, gli stessi soffrirebbero se, per effetto del venir meno della fiducia nel sistema, i depositanti iniziassero a ritirare i depositi. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., pp. 241-260.

<sup>92</sup> Caso E16/11, EFTA Ct Rep 213; [2013] 2 CMLR 41.

<sup>93</sup> Particolarmente conti di risparmio, denominati: Icesave.

<sup>94</sup> Nell'ottobre 2006, Landsbanki aprì una Filiale in Gran Bretagna; nei Paesi bassi la Filiale fu aperta e divenne operativa il 29 maggio 2008.

<sup>95</sup> C. PROCTOR, *The Law*, cit., p. 292.

Gran Bretagna, aveva espressamente optato per il sistema locale (clausola *opt-in*)<sup>96</sup>, questa garanzia ricadeva nella responsabilità dei depositanti ospitanti, ossia sull'SGD britannico.

Esula dall'argomento di questo lavoro rielaborare gli eventi successivi, e, in particolare, la battaglia diplomatica tra l'Islanda, da una parte, e la Gran Bretagna, dall'altra<sup>97</sup>. Tuttavia, vale la pena richiamare i principi enunciati dalla Corte<sup>98</sup>, nella controversia in cui la Repubblica di Islanda fu citata in giudizio dall'Autorità di vigilanza dell'AELS. Lo Stato interessato ha l'obbligo di implementare nell'ambito del quadro legislativo interno il sistema di garanzia dei depositi, ma non è tenuto ad onorare le obbligazioni del sistema nazionale ove questo risulti insolvente. Il ragionamento della Corte poggia sulla lettura del Considerando 24 della Direttiva 1994/19 allora vigente<sup>99</sup>, che richiede allo Stato membro che «siano istituiti e ufficialmente riconosciuti uno o più sistemi di garanzia dei depositi degli enti creditizi stessi ... al fine di assicurare «l'indennizzo o la tutela dei depositanti alle condizioni definite» dalla direttiva medesima. Una volta adempiuto questo onere, la responsabilità non ricadeva, né ricade alla luce della Direttiva SGD, sullo Stato membro e sulle sue autorità<sup>100</sup>. Questo caso avrebbe dovuto suggerire al Tribunale UE, nel *decisum* *Tercas*, che vi è chiaramente una cesura fra fondi del sistema di garanzia e Paese nel quale vengono implementati. Da quanto è emerso in precedenza si può affermare che la Direttiva SGD e la possibilità di prestiti reciproci ivi previsti tra SGD siano ben lungi dall'assicurare uniformemente l'auspicata fiducia dei depositanti nel mercato comune bancario. Alla prova dei fatti, la Direttiva SGD non ha prodotto i risultati sperati, come riscontrato nel caso della crisi che ha colpito la Grecia durante la quale i depositanti si sono guardati bene dal tenere i loro risparmi nelle banche greche.

In passato, chi scrive aveva prospettato due possibili ipotesi di lavoro, finalizzate a colmare detta lacuna<sup>101</sup>. Secondo una prima ipotesi, gli SGD di ciascun Paese dell'Unione possono essere qualificati come organismi indipendenti che, tuttavia, forniscono l'un l'altro reciproca assistenza. Per realizzare ciò, è stato già proposto in passato che i prestiti fra fondi siano obbligatori, e non opzionali<sup>102</sup>. In proposito sarebbe indispensabile

<sup>96</sup> In tal caso il Paese ospitante aveva aderito attraverso il meccanismo del *topping-up*. Cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European*, cit., p. 124.

<sup>97</sup> La Gran Bretagna fece leva su di una legislazione, "*Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001*". Questo provvedimento facoltizza il Chancellor of the Exchequer (il Tesoro britannico) a congelare beni nei casi in cui si siano verificate azioni a danno del Regno Unito, inclusa l'azione che promani dal governo di un Paese terzo, per atti perpetrati anche al di fuori del Regno Unito. L'ordine di congelamento *Landsbanki Freezing 2008* (SI 2008/2688), modificato il 21 ottobre (SI 2008/2766), fu revocato il 15 giugno 2009 (*Landsbanki Freezing (Revocation) order 2009* (SI 2009/1392), verosimilmente dopo un accordo tra i due Paesi contendenti. Cfr. C. CHESSA, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il sistema paneuropeo di protezione dei depositanti*, in *Banca, borsa, tit. cr.*, n. 68/2016, pp. 345-346.

<sup>98</sup> Caso E16/11, EFTA Ct Rep213.

<sup>99</sup> Questo principio è ora contenuto, *mutatis mutandis*, nella Direttiva SGD, considerando 45: «La presente direttiva non dovrebbe comportare la responsabilità degli Stati membri e delle loro autorità pertinenti nei confronti dei depositanti nella misura in cui essi hanno vigilato affinché fossero istituiti e ufficialmente riconosciuti uno o più sistemi di garanzia dei depositi degli stessi enti creditizi capaci di assicurare l'indennizzo o la tutela dei depositanti alle condizioni definite dalla presente direttiva».

<sup>100</sup> Per una approfondita discussione di questa decisione della corte, vedi M. HANTEN, M. PLASCHKE, *EU Law Impact on Deposit Protection in the Financial Crisis: Icesave*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2014, pp. 295-305.

<sup>101</sup> Una ulteriore terza ipotesi fu avanzata in passato: un SGD aggiuntivo, operante in parallelo con quelli nazionali. Ciò realizzerebbe una sorta di sistema solare dove i singoli SGD operano come satelliti rispetto a quello principale UE. R. AYADI, R. LASTRA, *Proposals for Reforming Deposit Guarantee Schemes in Europe*, in *Journal of Banking Regulation*, n. 11/2011 pp. 210-222, particolarmente p. 220.

<sup>102</sup> R. AYADI, R. LASTRA, *Proposals*, op.cit., p. 210.

l'aggiornamento dello statuto di ogni SGD prevedendo, con riguardo all'ammontare del prestito, che sia reso illimitato e obbligatorio per tutti gli altri SGD<sup>103</sup>. L'insolvenza di uno schema di garanzia dei depositi rappresenta un evento così catastrofico da non potersi attribuire all'SGD medesimo o ad una scarsa abilità delle sue banche nel prestare denaro, bensì a circostanze di natura macroeconomica, ossia a situazioni di tale gravità da non poter essere gestite da un qualsiasi sistema nazionale<sup>104</sup>.

In un'altra ottica, si era già ipotizzato<sup>105</sup> che vi dovesse essere la creazione di un SGD unico a livello europeo in sostituzione di tutti quelli nazionali. In passato chi scrive aveva aderito, con entusiasmo, a tale ipotesi<sup>106</sup>, sulla scorta di varie motivazioni: con la realizzazione di un unico SGD il mercato dell'UE sarebbe divenuto perfettamente integrato: la garanzia ai depositanti verrebbe offerta ovunque senza tener conto del Paese in cui avviene il deposito; l'unico uniforme livello di garanzia avrebbe evitato il drenaggio di liquidità da un Paese all'altro e, quindi, le connesse distorsioni nel mercato interno dei servizi bancari<sup>107</sup>. L'attuale Direttiva, al suo Considerando 19, assume, forse non correttamente, che l'esistenza di diversi livelli di copertura nei diversi Paesi dell'Unione ha dato luogo a inopinati trasferimenti di depositi, di natura transfrontaliera<sup>108</sup>, laddove è stato dimostrato empiricamente che il trasferimento di liquidità da un Paese ad un altro è avvenuto perché taluni sistemi nazionali venivano percepiti con rischi maggiori<sup>109</sup>. Tra questi rischi spiccava il fatto che ciascun SGD era, ed è purtroppo, percepito come isolato, ove il fallimento del sistema finanziario di un Paese possa cagionare il *default* del sistema di garanzia locale<sup>110</sup>. Per contro, con un sistema di garanzia unico in ambito europeo questioni di questo tipo verrebbero superate consentendo al depositante di poter contare su un più sicuro sistema integrato.

Inoltre, con il modello di SGD unico, come enfatizzato in dottrina<sup>111</sup>, il Paese di insediamento della banca e il luogo dove la banca opera finirebbero per essere irrilevanti, poiché l'unica legittima aspettativa di un depositante è pacificamente quella di vedersi assicurato il proprio denaro fino ad un certo ammontare. Considerato che tale garanzia non è offerta al depositante dalla legislazione in vigore, lo stesso principio della libera circolazione delle persone, che anima l'Unione, non è totalmente realizzato. Inoltre, la prospettata nuova architettura promuoverebbe l'attività bancaria transfrontaliera in maniera più efficace rispetto a quanto avviene nell'attuale quadro di riferimento di atomistici sistemi di garanzia separati. In sostanza sarebbe questa una più puntuale implementazione del principio di libertà di insediamento secondo l'art. 53(1) del TFUE, in forza del quale la Direttiva SGD era stata adottata<sup>112</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 356.

<sup>104</sup> La crisi della Grecia può rientrare in questa categoria.

<sup>105</sup> Anche in questo caso gli studiosi (R. AYADI, R. LASTRA, *Proposals*, cit.) sembrano privilegiare in linea di massima a questo unico sistema europeo di garanzia dei depositi, un «European DGS that replaces the existing 27 DGS» (ora 28, tanti quanti sono diventati i Paesi facenti parte dell'UE, meno il Regno Unito).

<sup>106</sup> Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 259.

<sup>107</sup> La fuga di denaro depositato in Grecia e/o l'emorragia di liquidità dalle sue banche sono eventi che verranno attestati da libri di storia e di economia per secoli.

<sup>108</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., p. 257.

<sup>109</sup> Questo sembra il caso dell'emorragia di depositi bancarie dell'estate 2015 in Grecia. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, op. cit., p. 257-258.

<sup>110</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., *passim*.

<sup>111</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., *passim*.

<sup>112</sup> Art. 53(1) del TFUE è corrispondente al precedente art. 57(1) del Trattato di Roma, sulla cui base è stato adottata la Direttiva 1994/19.

Il recente caso Tercas, tuttavia, potrebbe suggerire che l'altra soluzione (*ergo*, autonomia dei singoli fondi di garanzia) ma con obbligo illimitato al finanziamento reciproco, ad evitare rischio di fughe di massa di depositanti da un Paese all'altro, non sia completamente illogica. L'autonomia formale dei singoli fondi potrebbe meglio proteggere le loro specificità regionali o nazionali, come quelle del fondo italiano in cui le banche erogano contributi associativi in misura maggiore ed il fondo, in forma perfettamente legittima, può effettuare anche interventi "atipici" ed *ex ante* di finanziamento a beneficio dell'istituto in difficoltà. Una logica paneuropea, seppur conseguenza del processo di integrazione, non sembra una soluzione necessariamente immune da vizi e, si aggiunga, da rischi. Il rischio è che i sistemi bancari nazionali possano indebolirsi e perfino estinguersi, in quanto non supportati da un corrispondente sistema nazionale di tutela dei depositanti e, più in generale, come in Italia, di tutela del sistema bancario del Paese, attraverso forme solidaristiche che riflettono sociologicamente tradizioni e culture differenti.

E' innegabile ed enfatizzato da chi scrive<sup>113</sup>, e riecheggiato in modo anche più autorevole<sup>114</sup>, che il progetto di fondo paneuropeo - già anticipato dalla Commissione in alcune proposte del 2010, mai recepite nel testo finale della recente Direttiva SGD<sup>115</sup> - sarebbe il modo più adatto per esprimere il concetto di unione bancaria dell'eurozona<sup>116</sup>, basata su un unico strumento di supervisione<sup>117</sup>, un unico criterio di risoluzione<sup>118</sup>. L'SGD unitario in ambito europeo, radicale nella sua concezione e forse più oneroso relativamente alle contribuzioni delle banche al sistema di garanzia, risulterebbe forse più garantista.<sup>119</sup> Questo prospettato nuovo modello di sicurezza, attraverso un'esplicita assicurazione dei depositi europei potrebbe però incrementare negativamente il *moral hazard* delle banche e il rischio di fallimento delle istituzioni creditizie operanti in aree periferiche<sup>120-121</sup>.

<sup>113</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., *passim*.

<sup>114</sup> M. HAENTJENS, B. WESSELS, 'Three Paradigms Shafts in Recent Bank Insolvency Law', in *Journal of International Banking Law and Regulation*, n. 31/2016, pp. 396-400.

<sup>115</sup> Proposta Commissione COM (2010) 368/2.

<sup>116</sup> Il meccanismo unico di supervisione è stato creato in virtù del Regolamento del Consiglio (UE) n. 1024 del 15 ottobre 2013 (OJ L 287).

<sup>117</sup> Già in vigore dal 4 novembre 2014.

<sup>118</sup> Il meccanismo unico di risoluzione è entrato in vigore il 1° gennaio 2016.

<sup>119</sup> La Direttiva SGD impone un *safety net* incentrato sui premi commensurati al rischio, piuttosto che una contribuzione a tassi fissi. Di fatto il rischio in questione sarebbe esteso al rischio di assicurazione relativo alle banche degli altri Paesi dell'UE e dell'AEE, e non semplicemente di quelle nazionali.

<sup>120</sup> Chi scrive ha già suggerito in passato (P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., pp. 241-260) che un modo per superare l'impasse potrebbe essere rappresentato da una diminuzione del livello di protezione da 100.000 euro a un più equilibrato 50.000 euro. Tale ammontare sarebbe a metà strada tra il precedente limite uniforme di 20.000 euro, esistente fino al 2009, e quello "traumatizzato" di 100.000 euro, successivo alle crisi finanziarie del 2007/2008.

Come ribadito anche più recentemente (P. DE GIOIA CARABELLESE, *Brexit? No, Harsh Brexit and a New Lex Argentaria Europae*, in *European Company Law*, n. 19/2019, pp. 72-73), in una nuova *lex bancaria Europae*, la quale potrebbe divenire ancora più credibile dopo la finalmente realizzata uscita del Regno Unito dall'Unione, il legislatore dell'Unione europea dovrebbe introdurre e giustificare una più chiara definizione di "piccolo depositante". Il piccolo depositante è colui che ha depositato denaro in banca fino ad un certo ammontare, stabilito a priori e ragionevolmente corrispondente a 50.000 euro o a un diverso importo da potersi fissare volta per volta. Un individuo o ente con più alta disponibilità di denaro sarà, invece, in grado di chiedere una consulenza al fine di individuare la banca e il Paese in cui sia meglio depositare la sua somma di denaro.

<sup>121</sup> Tra gli studiosi, viene evidenziato non per caso che la protezione, sia in ambito del mercato bancario sia di quello degli investimenti, è fornito ai "piccoli depositanti e investitori" (enfasi aggiunta). Cfr. G. WALKER, R. PURVES, *Financial*, cit.) 124, come ricordato in C. CHESSA, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il cosiddetto sistema*

La Direttiva 2014/49 aveva suscitato l'aspettativa dell'introduzione di un meccanismo paneuropeo di protezione a salvaguardia degli interessi dei depositanti. Per contro, il legislatore UE si è limitato ad un semplice adeguamento matematico del limite di copertura a 100.000 euro, unico ed uniforme all'interno dell'Unione. In tal senso, lo scopo di questo lavoro è quello di dimostrare, come si spera, che, al di là della facciata, la recente direttiva molto difficilmente può essere considerata in linea con la sua filosofia di «realizzazione di un mercato interno con libertà di insediamento e libertà di fornire servizi bancari da parte delle istituzioni creditizie ...»<sup>122</sup>. Lo stesso finanziamento transfrontaliero tra SGD nazionali, messo in atto dalla Direttiva 2014/49, solleva molti dubbi sul principio di protezione dei depositanti sia in quanto limitato nell'ammontare sia perché esso è previsto come opzione, piuttosto che come obbligo per ogni Stato.

Considerata l'esperienza della Grecia del 2015, alla luce del *decisum* Tercas in commento, si suggerisce, anche in parte emendando quel che chi scrive ha sostenuto in passato, che una modifica della normativa del terzo pilastro della Unione Bancaria è necessaria, ma non nel senso di un sistema paneuropeo, quanto di sistemi, anche nazionali, che abbiano un obbligo illimitato di reciproco finanziamento. Detto nuovo sistema di garanzia dell'eurozona sarebbe *de facto* corollario del sistema unico di supervisione delle istituzioni creditizie e garantirebbe fino a 100.000 euro o, come suggerito in passato da chi scrive<sup>123</sup>, fino a un più equilibrato importo di 50.000 euro. In tal modo, con la possibilità di uno specifico fondo nazionale di accumulare ulteriori fondi si garantirebbe la specificità nazionale, quale ad esempio quella italiana, ove anche per ragioni storiche il sistema bancario, con fondi propri, potrebbe consentire al fondo nazionale interventi atipici e precoci, non strettamente connessi con la tutela diretta dei depositanti.

Nel modo in cui è pensata la disciplina degli SGD<sup>124</sup>, il *depositors' protection scheme* è un sistema assicurativo privato, che non può far leva su una garanzia data dallo Stato membro, anche se ciascun fondo ha la possibilità, come dimostra il caso in commento, di premunirsi in anticipo di maggiori fondi, sicché l'attività del fondo può andare oltre la funzione di pagatore diretto del depositante, per comprendere anche quella di finanziatore del sistema bancario nazionale. In passato chi scrive ha ricordato l'esigenza di tenere in debito conto la possibilità di estendere le fonti di approvvigionamento finanziario degli SGD in modo da includervi inequivocabilmente anche quella pubblica<sup>125</sup>. In relazione a ciò, si può ipotizzare che la BCE diventi, con tutti i necessari adattamenti dell'architettura costituzionale dell'UE, il finanziatore di ultima istanza di tutti i depositi dell'eurozona, fino a 50.000 euro, tenendo anche conto di quanto sopra proposto. In tal caso tuttavia, occorrerebbe tenere ben distinte, nell'ambito del SGD, le liquidità che sono acquisite per finalità di tutela del depositante, da quelle che sono poste a tutela del sistema bancario nel suo complesso.

La Direttiva SGD non sembra essere entrata nel dettaglio delle modalità di utilizzo del fondo in relazione a suoi possibili interventi per un'operazione di acquisto da parte di un soggetto terzo di una banca assoggettata a risoluzione. Essendo i fondi alimentati con contribuzioni private, non dovrebbe esservi dubbio alcuno circa i possibili interventi di sostegno del fondo a beneficio del sistema. Ciò sembra essere confermato dal fatto che la

---

*paneuropeo di protezione dei depositanti: un ulteriore Euro Autogol? Un'Analisi Critica della Direttiva 2014/49*, in *Banca, borsa, tit. cr.*, n. 3/2016, pp. 332-352.

<sup>122</sup> Considerando 3 della Direttiva 2014/49.

<sup>123</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called*, cit., pp. 241-260.

<sup>124</sup> Cfr. art. 3(10) della Direttiva 2014/49.

<sup>125</sup> A. DEMIRGÜÇ-KUNT, T. SOBACI, *Deposit*, cit., pp. 481-490, particolarmente p. 483.

Commissione, a partire dal 2009, ha elevato il livello di tutela per il depositante a 100.000 euro, rendendo le contribuzioni più elevate da parte di ciascun ente creditizio appartenente al sistema. Un livello più alto di contribuzioni sembra coerente con un sistema che rende ciascun fondo più autonomo e creativo nel congegnare, in chiave preventiva, interventi finalizzati a meglio tutelare i depositanti; contribuzioni che diventerebbero davvero essenziali per il sistema di garanzia se, in aggiunta all'insolvenza dell'ente, si verificasse, anche per effetto della mancata fiducia nel sistema, una fuga di depositi, con contagio dell'intero sistema di banche. Il quadro complessivo che emerge induce a sostenere che gli interventi del fondo non sono soltanto quelli tipici (incapacità della banca di pagare il depositante, ergo pagamento dei depositi protetti) e che, più in particolare, il fondo di tutela del depositante opera in una duplice funzione: di vero e proprio assicuratore, ove l'evento assicurato (l'incapacità di pagare il depositante) si concretizzi; di soggetto con natura quasi imprenditoriale, allorché, ai sensi di statuto, è autorizzato a svolgere attività in favore dei consorziati, allocando somme in un'ottica di finanziamento e di sostegno della consociata in difficoltà e di indiretto beneficio delle altre consociate<sup>126</sup> che va ben oltre la logica assicurativa.

In tale scenario operativo consentito dalla normativa comunitaria<sup>127</sup>, rimangono alcuni dilemmi. Il SGD, particolarmente e, si enfatizza, legittimamente, quello italiano, è un "Giano bifronte": assicuratore del depositante, essendo garantito a questi un diritto soggettivo inderogabile a ricevere ristoro delle somme depositate nel caso in cui la banca non sia in grado di farlo; quasi imprenditore/finanziatore del sistema bancario nazionale, utilizzando somme che sono private, in quanto rivenienti da contribuzioni aggiuntive degli enti creditizi aderenti al sistema. Sulla scorta di tale quadro, il vero "*challenge*", la sfida legale e, prima ancora, concettuale, è capire se e come differenziare le somme di dotazione che sono destinate all'una ovvero all'altra funzione. Infatti, si può obiettare che un fondo che operi così sistematicamente in chiave quasi-imprenditoriale (la seconda faccia di Giano) può mettere a rischio le somme destinate in via diretta ai depositanti (la prima faccia di Giano)<sup>128</sup>. Una soluzione potrebbe essere quella di tenere ben distinte, con un sistema di separazione patrimoniale, anche di tipo privatistico, le somme destinate all'una e all'altra funzione. Diversamente, vi è un rischio che una iperattività imprenditoriale del SGD metta a rischio le somme a tutela diretta dei depositanti (la prima faccia di Giano, nella metafora del presente scritto). Alla luce di ciò, un possibile intervento del fondo di garanzia si dovrebbe configurare - in chiave davvero residuale nel contesto attuale - quale aiuto di stato solo in circostanze in cui: (a) si riscontri un nesso causale chiaro fra uso di fondi pubblici e sostegno all'ente creditizio ovvero (b) l'uso di forme di finanziamento atipico (la seconda faccia di Giano) sia stato così dissennato che la parte di fondo destinata a tutela diretta del depositante (la prima faccia) sia stata pregiudicata e, dunque, l'ente stato debba rimpinguare da zero il fondo, per evitare, paradossalmente, il default dello stesso sistema di garanzia. Tuttavia, non è questo lo scenario di *Tercas*!

<sup>126</sup> Ad evitare appunto che, ove la prima fallisca davvero, le altre debbano essere assoggettate a maggiori oneri di pagamento.

<sup>127</sup> In caso contrario, il fondo interbancario italiano di tutela dei depositanti, sulla base dello statuto stesso, non sarebbe stato autorizzato ad operare.

<sup>128</sup> In realtà si può anche obiettare che la perplessità che qui si esprime non ha ragion d'essere in quanto le due funzioni sono strettamente connesse ed il fondo, ove non agisse in chiave dinamica quale finanziatore/imprenditore nel breve periodo, finirebbe comunque con il mettere a rischio le intere risorse, stante il contagio sistemico che sarebbe comunque chiamato a fronteggiare nel lungo periodo.



### 5. Il quadro normativo della BRRD nei suoi rapporti con il concetto di aiuti di Stato

E' interessante notare che la sentenza del Tribunale UE è intervenuta in un contesto in cui non erano entrati ancora in vigore né la BRRD, né lo stesso relativo Regolamento UE (*PSRM Regulation*) e dunque, sotto un profilo tecnico, i giudici non hanno potuto tenere in considerazione la nuova normativa (*tempus regit actum*); lascia tuttavia stupiti il fatto che la Commissione, nel censurare l'operato delle autorità italiane, sembra ignorare un serie di principi della BRRD. Questi, seppur non vincolanti quali propri *binding precedent* (per essere nuove norme, non applicabili), avrebbero potuto rappresentare per la massima autorità tecnocratica dell'Unione (la Commissione Europea) un utile punto di riferimento. Delle diverse tematiche connesse con la BRRD, quella della potenziale frizione tra operatività dei precetti della BRRD e *ratio essendi* degli aiuti di stato è l'ultima in ordine cronologico, ma non certamente la meno interessante in termini giuridici. Il concetto di "aiuti" ricorre nella disciplina europea fondamentale del secondo pilastro in significative circostanze<sup>129</sup>. Anche a livello empirico, si deve ricordare che l'Italia, nella vigenza della BRRD, piuttosto che precedentemente alla sua entrata, ha offerto già spunti importanti di riflessione proprio in connessione con salvataggi di banche, mercè l'uso di risorse del FITD, dunque nella possibile frizione con la normativa di cui agli aiuti di Stato<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> Nella letteratura internazionale di lingua inglese ed in quella domestica in italiano, sul tema del salvataggio di banche e aiuti di Stato, si rimanda a H. CH. HOFMANN, C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, Oxford, 2016; P. BONETTI, *Brevi note sui profili costituzionali dell'interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 10/2018, pp. 1-28; P. G. BRIERLEY, *Ending Too-Big-to-Fail: Progress since the Crisis, the Importance of Loss-Absorbing Capacity and the UK Approach to Resolution*, in *European Business Organization Law Review*, n. 18/2017, pp. 457-477; A. BROZZETTI, *Il Decreto Legge n. 99/2017: un'altra pietra miliare per la "questione bancaria" italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1/2018, pp. 24-73; E. CACCIATORE, *Riflessioni sull'efficacia verso i terzi del contratto di cessione previsto dal decreto "salva banche venete"*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 4/2018; F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 2/2017; A. A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *"Banche venete" e profili civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 7/2017; G. FEDERICO, *Crisi delle banche venete ed "aiuti di Stato"*, in *Quest. gius.*, n. 3/2017, pp. 212-220; S. MACCARONE, *La gestione delle crisi bancarie tra diritto europeo e norme interne*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 1/2018, pp. 3 ss.; S. MERLER, *Critical Functions and Public Interest in Banking Services: Need for Clarification?*, In-depth analysis requested by the ECON Committee, 2017; P. NICOLAIDES, *"<<All Bad Things Must Come to an End>>. The Application of State Aid Rules to the New EU Regime for Bank Resolution"*, in *Maastricht. Jour. Eur. Comp. Law*, n. 23/2016, pp. 222-240; A. PEZZUTTO, *La liquidazione delle banche venete*, in *Diritto bancario approfondimenti*, 2017; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione della crisi delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Innovazione e diritto*, n. 2/2018, pp. 222-240; M. SEPE, *La vecchia e la nuova socializzazione delle perdite: elementi di continuità e di discontinuità*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 4 – Supplemento/2017; G. SITARAMAN, *Unbundling too big to fail*, in *Vanderbilt Public Law Research Paper*, n. 30/2014; C. THOLE, *Bank Crisis Management and Resolution - Core features of the Bank Recovery and Resolution Directive*, in *SSRN Papers*, 2014.

<sup>130</sup> Il caso Cassa di Risparmio di Ferrara, ove per ironia della sorte il terzo acquirente era lo stesso di cui al caso Tercas, sembra essere il più eclatante. Per commenti sul caso CariFerrara, si rimanda per tutti a S. BONFATTI, *Risoluzione della banca "in crisi": la responsabilità degli "Enti Ponte" (e delle banche incorporanti) è regolata dalla disciplina della cessione di azienda*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, pp. 29-48. Sul medesimo caso Cariferrara, ed i profili costituzionali di cui all'art. 47, co. 1, Costituzione, cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana: un recente provvedimento del Consiglio di Stato*, in *Giur. comm.*, di prossima pubblicazione.

Più in generale, come sottolineato in dottrina<sup>131</sup>, ove un'azione di risoluzione comporti l'uso o di aiuti (ai sensi dell'art. 107(1), TFUE) ovvero del fondo (ai sensi dell'art. 19(3), *SRM Regulation*), l'adozione dello schema di risoluzione non può avvenire prima che la Commissione UE non abbia deliberato, in modo totalmente definitivo ovvero condizionato, la compatibilità dell'uso di tale aiuto con il mercato interno.

Il considerando 41, nel delineare la procedura di risoluzione, e nel riferirsi alla situazione di dissesto, ipotizza che l'ente possa necessitare «dell'assistenza di liquidità di emergenza fornita da una banca centrale»; ciò «non dovrebbe costituire di per sé una prova sufficiente del fatto che esso non è, o in un prossimo futuro non sarà, in grado di pagare le proprie obbligazioni in scadenza». Viene poi aggiunto, che ove «tale strumento fosse garantito dallo Stato, un ente che vi accede sarebbe soggetto alla disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione». Il medesimo considerando continua statuendo che è opportuno, «in particolare, che le misure di garanzia dello Stato ottengano l'approvazione ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato e non facciano parte di un pacchetto d'aiuto più ampio, e che il ricorso alle misure di garanzia sia rigorosamente limitato nel tempo». Il medesimo Considerando 41 della BRRD conclude statuendo che «l'accesso a strumenti di liquidità di emergenza da parte di banche centrali, può costituire un aiuto di Stato ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato». Dunque, è l'uso di fondi della Banca Centrale a beneficio, verosimilmente, della banca costituita nel relativo Paese che costituisce aiuto di stato, ma non certamente l'uso di fondi del *safety net* di quel Paese.

Il Considerando 47 poi, prevede che, ove il «ricorso a strumenti di risoluzione implica la concessione di aiuti di Stato, è opportuno valutare gli interventi in conformità delle pertinenti disposizioni in materia di aiuti di Stato. L'intervento degli aiuti di Stato è possibile, tra l'altro, quando si ricorre a fondi di risoluzione o fondi di garanzia dei depositi a sostegno della risoluzione di enti in dissesto». In questo caso la BRRD cita la possibile frizione fra fondi di garanzia e “aiuti”, ma nel senso di stabilire la loro qualificazione giuridica quali appunto “*State Aid*”. Il Considerando 55 enfatizza anche che, salve le eccezioni di cui alla stessa BRRD, «gli strumenti di risoluzione dovrebbero essere applicati prima di un'eventuale iniezione di capitale pubblico, ovvero di un equivalente sostegno finanziario pubblico straordinario a favore di un ente, senza tuttavia precludere l'uso delle risorse dei sistemi di garanzia dei depositi o dei fondi di risoluzione, per assorbire le perdite che avrebbero altrimenti subito i depositanti protetti o i creditori esclusi a discrezione». In ogni caso, il Considerando 55 prosegue nello statuire che sia opportuno che «il ricorso a un sostegno finanziario pubblico straordinario, a fondi di risoluzione o a sistemi di garanzia dei depositi a sostegno della risoluzione di enti il dissesto rispetti le pertinenti disposizioni in materia di aiuti di Stato». E' vero che anche in questo caso si accenna alla possibile frizione fra aiuti e intervento del fondo di garanzia, ma nel senso che l'intervento del fondo è solitamente possibile e rientra nella dinamica operativa naturale, sempre che ciò ovviamente avvenga nel rispetto della normativa degli “*State Aid*”. E' evidente che un fondo violerebbe la disciplina degli aiuti di Stato ove si riscontrasse un contributo diretto dello stato al fondo - quindi con denaro dei contribuenti - e un connesso (temporalmente e ontologicamente) intervento del fondo – appositamente e preventivamente rimpinguato con denaro pubblico, a beneficio di un consociato. Ci si troverebbe in altre parole in uno

<sup>131</sup> D. BUSCH, *Governance of the European Banking Union's Single Resolution Mechanism*, in *European Banking Institute, EBI Working Paper Series*, n. 9/2017, p. 41. L'Autore, con velata e sottile critica, richiama il fatto che la Commissione UE, ai sensi della *SRM Regulation*, non ha un limite di tempo entro cui decidere.

scenario molto grossolano, ove l'aiuto di stato è inferibile *prima facie* da puntuali operazioni poste in essere dal fondo.

Il Considerando 57 prescrive invece che, nell'ambito della valutazione degli aiuti di Stato alla luce dell'art. 107, TFUE, «la Commissione dovrebbe valutare separatamente se detti strumenti non violino disposizioni di diritto dell'Unione intrinsecamente connesse, tra cui quelle sull'obbligo di assorbire le perdite in misura non inferiore all'8% che figura nella presente direttiva, nonché se si configura una situazione eccezionale di crisi sistemica che giustifichi il ricorso a tali strumenti ai sensi della presente direttiva, garantendo al contempo condizioni di parità nel mercato interno. In conformità degli articoli 107 e 108 TFUE, tale valutazione dovrebbe essere compiuta prima di poter ricorrere a uno strumento pubblico di stabilizzazione». Il Considerando 69 della BRRD, in tema di ricapitalizzazione bancaria interna, prescrive che l'applicazione di tale strumento di risoluzione «dovrebbe essere accompagnata dalla sostituzione della direzione, salvo nei casi in cui sia opportuno e necessario mantenere la direzione per conseguire gli obiettivi di risoluzione e, successivamente, dalla ristrutturazione dell'ente e delle sue attività in modo da eliminare i motivi del dissesto. La ristrutturazione dovrebbe essere realizzata mettendo in atto un piano di riorganizzazione aziendale. Laddove applicabile, tale piano dovrebbe essere compatibile con il piano di ristrutturazione che l'ente è tenuto a presentare alla Commissione ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato. Il piano dovrebbe in particolare includere, oltre alle misure volte a ripristinare la sostenibilità economica a lungo termine dell'ente, misure che limitino l'aiuto alla ripartizione degli oneri minima e misure che arginino le distorsioni di concorrenza».

L'art. 2, rubricato "Definizioni", prevede, al numero 28, una elaborazione del concetto di "sostegno finanziario pubblico straordinario", definito come «aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE o qualsiasi altro sostegno finanziario pubblico a livello sovranazionale che se erogato a livello nazionale configurerebbe un aiuto di stato, forniti per mantenere o ripristinare la solidità, la liquidità o la solvibilità di un ente o entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c), o d), o di un gruppo di cui tale ente o entità fa parte». Il numero 53 dell'art. 2, fa invece riferimento alla «disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione» quale la «disciplina istituita dagli articoli 107, 108 e 109 TFUE e i regolamenti e tutti gli atti dell'Unione, compresi orientamenti, comunicazioni e avvisi, stabiliti o adottati ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 4, o dell'articolo 109 TFUE». L'art. 32, paragrafo 4, stabilisce che, nei casi di cui alla lettera d), dunque in cui all'ente creditizio in dissesto o a rischio di dissesto, sia concessa una garanzia dello Stato, «la garanzie o misure equivalenti ... sono limitate agli enti solventi e sono subordinate all'approvazione finale nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato dell'unione». Prosegue poi l'art. 32, paragrafo 4, in esame, statuendo che tale misure «hanno carattere cautelativo e temporaneo e sono proporzionate per rimediare alle conseguenze della grave perturbazione e non vengono utilizzate per compensare le perdite che l'ente ha accusato o rischia di accusare nel prossimo futuro».

L'art. 34, in tema di "Principi generali che disciplinano la risoluzione", prescrive che gli strumenti di risoluzione siano informati ad una serie di principi. Il *caveat* è tuttavia, per effetto del paragrafo 4, che nell'applicare «gli strumenti ed esercitare i poteri di risoluzione, gli Stati membri provvedono a che essi siano conformi alla disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione, ove applicabile.» L'art. 36, in tema di "Valutazione ai fini di risoluzione", prescrive, al paragrafo 5, che «[f]atta salva la disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione, ove applicabile», la valutazione deve fondarsi su ipotesi prudenti. Tale articolo fa il paio con quello successivo, art. 37, "Principi generali degli strumenti di risoluzione", per effetto del

quale gli Stati dell'UE «provvedono a che le autorità di risoluzione dispongano dei poteri necessari per applicare gli strumenti di risoluzione ad [enti creditizi], che [soddisfino] le applicabili condizioni per la risoluzione». Ai sensi dell'art. 37, paragrafo 10, ove la crisi sia di natura sistemica, dunque eccezionale, «l'autorità di risoluzione può tentare di reperire finanziamenti da fonti alternative ricorrendo agli strumenti pubblici di stabilizzazione ...», quali quelli di cui agli artt. 56/58 della BRRD, laddove siano soddisfatte le dovute condizioni, inclusa, fra le due, quelle di cui alla lettera b), ossia che l'intervento sia subordinato «all'approvazione preventiva e finale a titolo di disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione».

L'art. 39 della BRRD fa parimenti riferimento al concetto di aiuti di Stato. Nel riferirsi ad uno dei *resolution tools*, «strumento per la vendita dell'attività di impresa» - viene precisato, al paragrafo 2, che la cessione «è effettuata a condizioni commerciali, tenuto conto delle circostanze, e nel rispetto della disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione». Nelle sue implicazioni procedurali, ciò è ribadito al successivo art. 40, paragrafo 2, che nell'attività di commercializzazione fa salva «la disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione». Tale previsione è quella che, in tema di «aiuti», si attaglia maggiormente all'operazione *Tercas*, in quanto operazione di salvataggio di un terzo acquirente. Tuttavia, anche in questo caso, sembra che vi sia stato un fraintendimento da parte della Commissione: l'uso di fondi di una autorità garante dei depositanti non è di per sé eziologicamente connessa con il concetto di aiuti di Stato, in quanto le risorse finanziarie di un fondo non hanno quella natura. Anche in tema di ente ponte, l'art. 41 puntualizza, alla lettera g) del paragrafo 1, che il funzionamento dell'ente ponte «è conforme alla disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione e l'autorità di risoluzione può indicare di conseguenza eventuali restrizioni al suo funzionamento». Nella medesima tematica dell'ente ponte, il paragrafo 4 evidenzia che, in ipotesi di vendita, la stessa «è effettuata a condizioni commerciali, tenuto conto delle circostanze e nel rispetto della disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione». In tema di «strumento di separazione delle attività», all'art. 42, BRRD, paragrafo 6, si prevede che, «[n]ell'applicare [tale strumento], le autorità di risoluzione stabiliscono il corrispettivo per la cessione di attività, diritti e passività dal veicolo di gestione, nel rispetto dei principi fissati nell'articolo 36 e della disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione»<sup>132</sup>.

Riguardo al *resolution tool* per antonomasia ovvero alla ricapitalizzazione interna o *bail-in* bancario, l'art. 44 BRRD, paragrafo 11, statuisce che, l'autorità di risoluzione, nell'esercitare il proprio potere discrezionale, notifica alla Commissione l'esclusione di passività che può comportare la richiesta di un contributo del finanziamento. Tale concessione non pregiudicherà «l'applicazione, da parte della Commissione, della disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione». Altri riferimenti agli aiuti di Stato sono contenuti nei seguenti articoli della BRRD: art. 52 («Piano di riorganizzazione aziendale»), paragrafo 1 e 3; art. 56, paragrafo 1 («Strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria»); art. 63 («Poteri generali») nell'ambito dei «Poteri di risoluzione» di cui al Capo VI, in particolare il paragrafo 2. Da tale complesso di norme è estremamente difficile cogliere il nesso di causalità esistente fra il concetto di aiuto di stato e quello di uso di disponibilità di un fondo

<sup>132</sup> Sul concetto di banca ponte, si veda più recentemente nella letteratura italiana P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge*, cit., pp. 377-425.

Un più ampio commento sistematico dello strumento di risoluzione della banca ponte, nell'ambito degli altri strumenti di risoluzione, si legge in I. FERNADEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Resolution*, cit. Sugli aspetti di *law and economics* della *bridge institution*, cfr. J. RYS, *Robustness of the Bank Resolution Framework in the European Union*, in *Copernican Journal of Finance & Accounting*, n. 6/2017, p. 83.

di tutela dei depositanti. La disciplina della BRRD e degli strumenti di risoluzione che la stessa prevede, con sacrificio dei diritti dei creditori, non facilmente giustificabile da un punto di vista giuridico, pone bensì limiti all'uso di fondi pubblici, ma mai una tale disciplina prevede, né immagina che l'uso di risorse private del fondo sia in contrasto con aiuti di Stato.

#### 6. La vicenda Tercas nella visuale dello strumento di risoluzione del “terzo acquirente”

Si è detto in sede di *incipit* di questo contributo<sup>133</sup> che l'intervento del terzo acquirente, come nella vicenda della Tercas, rientra ora nella fattispecie di uno dei quattro strumenti di risoluzione: l'acquisto della banca ovvero delle attività da parte di un terzo. Si esamina pertanto nel presente paragrafo tale strumento, anche al fine di verificare come, nell'alveo della BRRD, esso interagisce con la disciplina degli “aiuti”. Questo strumento riguarda la vendita - senza la preventiva approvazione da parte del BoD, delle attività dell'istituzione affetta dal dissesto<sup>134</sup> - ad un compratore privato o “*private sector purchaser*” stante alla terminologia della direttiva, in inglese<sup>135</sup>. Il compratore non sarà un veicolo, in quanto altrimenti l'ipotesi ricadrà nella fattispecie della *bridge institution*/banca ponte ovvero di separazione di attività<sup>136</sup>.

Sebbene la rubrica di tale strumento di risoluzione rechi la dicitura “*sale of business*”, dunque vendita delle attività della banca, in realtà la fattispecie è più complessa, atteso che una corretta esegesi dell'art. 38(1), BRRD, porta ad affermare che vi sono almeno due fenomeni ad essa connessi: (a) la vendita di azioni o altri strumenti di proprietà; (b) la vendita di tutti gli attivi, diritti o passività di una istituzione sottoposta a risoluzione<sup>137</sup>. A parte talune circostanze<sup>138</sup>, il trasferimento verrà eseguito e diventerà vincolante senza il consenso degli azionisti della istituzione in parola o di altre parti terze diverse dall'acquirente<sup>139</sup>. Tale norma suggerisce, sebbene indirettamente, che l'autorità di risoluzione può identificare nel mercato quella che, verosimilmente, sia una istituzione solida e solvibile, la quale può essere il beneficiario delle azioni della banca assoggettata a risoluzione, invero anche dell'intero suo capitale<sup>140</sup>.

<sup>133</sup> Cfr. paragrafo 1 *supra*.

<sup>134</sup> Dunque, “*failing*” o “*likely to fail*”, in dissesto o a rischio di dissesto.

<sup>135</sup> Art. 37(3)(a) BRRD. Le specifiche modalità di tale dissesto sono chiarite nel dettaglio ai sensi degli artt. 38 e 39 della BRRD.

<sup>136</sup> O *separation of assets*, nella versione inglese.

<sup>137</sup> Il caso della Tercas sarebbe ricaduto, *mutatis mutandis*, nella fattispecie di cui alla lettera a), vendita di azioni.

<sup>138</sup> In dettaglio, paragrafi 8 e 9 dello stesso art. 38, BRRD, e l'art. 85 della BRRD.

<sup>139</sup> Non è completamente chiaro, dalla lettura della norma, quale parte terza, in normali condizioni di mercato, possa avere un tale potere. In aggiunta a ciò, tutti i requisiti di natura proceduruali, ai sensi della disciplina societaria ovvero finanziaria, saranno derogati, ai sensi delle medesime previsioni legislative.

<sup>140</sup> A livello dottrinale, nella letteratura internazionale in inglese (I. FERNANDEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Resolution*, cit.) vi è chi sottolinea che lo strumento di risoluzione di cui trattasi, applicato *ante litteram* in Tercas, è verosimilmente una forma di teorizzazione del salvataggio Halifax Bank of Scotland, nel 2008. A quel tempo, la moribonda banca scozzese, qualche mese prima ritenuta un colosso di dimensioni quasi mondiali, senz'altro europee, e ben posizionata nel mercato dei capitali, la HBoS appunto, fu acquistata da Lloyd, una banca solida, attraverso un *bail-out* di tipo privato, un *private bail-out* (*ergo*, un salvataggio esterno che non derivava da soldi pubblici, quanto piuttosto da moneta privata). Ironicamente, la banca acquirente, che era ben solida, per effetto dell'acquisto, fu contagiata tant'è che il nuovo gruppo, Lloyds Banking Group,

Più recentemente, si afferma in dottrina<sup>141</sup> che la mancanza del richiesto consenso dovrebbe riferirsi al *transferor*, al trasferente, e le connesse parti terze, come ad esempio i creditori, se ad esempio, in relazione a norme di natura societaria esistenti in una giurisdizione, un consenso dei creditori è necessario per il trasferimento di una istituzione creditizia ovvero, più in generale, di una *business entity*<sup>142</sup>. Il cessionario, peraltro, dovrà esprimere il suo consenso, anche se non previsto dalle norme di cui agli artt. 38 e 39 della BRRD, né sembra inferibile dai principi generali. La finalità ultima del processo è di permettere all' autorità di risoluzione «to take timely action in order to protect the value and therefore minimize the losses»<sup>143</sup>. Più In generale, la letteratura economica internazionale rimarca l'intendimento del legislatore europeo di dotare l'autorità di risoluzione del potere di vendere la banca, o una sua parte, ad «un compratore ovvero gruppo di compratori in un processo relativamente veloce»<sup>144</sup>.

Meritano di essere richiamate ulteriori previsioni della BRRD, anche in relazione al caso Tercas:

- l'art. 38(2), ove è precisato che il trasferimento dovrà verificarsi a valori di mercato, *on commercial terms*, in linea con la disciplina in tema di aiuti di Stato. Nel caso Tercas non sembra, si ribadisce, che ciò sarebbe stato violato, ove la BRRD fosse stata applicata, in quanto il valore della Tercas, astrazione fatta dell'intervento della banca terza e del fondo, sarebbe stata forse nummo uno;

- l'art. 38(3), per cui le autorità di risoluzione prenderanno tutte le misure ragionevoli per ottenere termini commerciali per il trasferimento in parola affinché risulti conforme alla valutazione di cui all'art. 36, avuto riguardo alle circostanze del caso<sup>145</sup>;

- l'art. 38(4), in forza del quale di ogni corrispettivo pagato dall'acquirente beneficerà: (a) il proprietario delle azioni ovvero degli strumenti finanziari di proprietà, ove la vendita dell'impresa si è verificata attraverso il trasferimento di azioni ovvero di strumenti di proprietà emessi da istituzioni assoggettate a risoluzione da parte dei detentori delle azioni ovvero degli strumenti all'acquirente<sup>146</sup>; (b) la stessa istituzione assoggettata a risoluzione, ove la vendita sia stata effettuata attraverso il trasferimento al compratore<sup>147</sup> di alcune ovvero di tutte le attività e passività dell'istituzione assoggettata a risoluzione.

Per altro aspetto, merita rimarcare la natura potenzialmente “seriale” dello strumento di risoluzione in commento. In sintesi, il potere di trasferimento del business o impresa può

per almeno un lustro successivo ha riportato sistematicamente perdite. Sulla figura generale della vendita a terzo, cfr. R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles*, cit., p. 179.

<sup>141</sup> I. FERNANDEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Resolution*, cit.

<sup>142</sup> Ciò si è puntualmente verificato proprio nel caso della Banca in Crisi, in cui la ricapitalizzazione della banca abruzzese, con azzeramento del capitale e riserva dell'aumento a beneficio dei nuovi soci, è avvenuto senza che i precedenti soci avessero alcun dire.

<sup>143</sup> J. RYS, *Robustness*, cit., p. 83.

<sup>144</sup> Traduzione di chi scrive. J. RYS, *Robustness*, cit., p. 83. A vedere la vicenda della vendita della Tercas, si direbbe che la vendita è velocemente teoricamente ma, attesa stata di Damocle della Commissione, la procedura nei fatti può trasformarsi in un incubo per il soggetto acquirente, come verosimilmente è stato per la BPB.

<sup>145</sup> A tal fine, la dottrina (J. RYS, *Robustness*, cit., p. 83) sottolinea che «il Prezzo per l'impresa venduta deve essere giusto e dovrebbe riflettere la valutazione delle attività e passività» (traduzione dall'inglese di chi scrive).

<sup>146</sup> Questa ipotesi può essere definita quale vendita coattiva di strumenti finanziari da parte del proprietario/proprietari dell'ente creditizio assoggettato a risoluzione, nella versione inglese, “*compulsory sale of financial instruments by the owner/s of the credit institution under resolution*”.

<sup>147</sup> La ipotesi può essere definita in inglese “*compulsory sale of business by the credit institution under resolution*”, dunque vendita coattiva dell'impresa da parte del ente creditizio assoggettato a risoluzione.

essere esercitato una volta - circostanza questa che è quella normale - ma anche di seguito, al fine di effettuare trasferimenti supplementari di azioni ovvero di altri strumenti di proprietà<sup>148</sup> emessi dall'ente creditizio interessato<sup>149</sup>. Al di là della tecnicità attraverso cui il processo può concretizzarsi, non vi è dubbio che ora, per effetto della BRRD, vi è una spada di Damocle che pende sulla testa dell'autorità di risoluzione: la procedura deve essere aperta, trasparente e non discriminatoria<sup>150</sup>. Ai sensi dell'art. 38(6), della BRRD, a seguito della applicazione dello strumento della vendita del business, l'autorità di risoluzione può, con il consenso del compratore, esercitare i poteri di trasferimento delle attività, dei diritti o passività, verso l'istituzione assoggettata a risoluzione, ovvero delle azioni ovvero degli altri strumenti di proprietà verso i loro originari proprietari. Per effetto di ciò, l'istituto di credito assoggettato a risoluzione ovvero gli originari proprietari saranno obbligati a riprendersi tali attività, diritti o passività, ovvero azioni o altri strumenti di proprietà.

La norma, nel consentire all'autorità di risoluzione di "invalidare" una parte del processo, conferma che, da un lato, la crisi finanziaria dell'ente creditizio non è prevedibile e richiede quindi una certa flessibilità, dall'altro conferisce, fondamentale, all'autorità poteri molto ampi di annullare gli effetti della propria decisione.

Lo stesso art. 38, BRRD, in particolare al paragrafo 8, stabilisce che: «A purchaser shall have the appropriate authorisation to carry out the business it acquires ... .», nella versione inglese. Ciò implica che il beneficiario, in quanto tecnicamente cessionario ovvero *transferee* di un ente creditizio, dovrà avere la licenza ad esercitare il business della banca ovvero la licenza bancaria. D'altro canto, se una tale licenza non è già stata conferita al cessionario, l'autorità competente, ai sensi della seconda parte di questo paragrafo, sarà autorizzata *de facto* a provvedervi in tempi rapidi<sup>151</sup>.

L'art. 39, BRRD, sempre in tema di strumento di vendita del business, si occupa dei requisiti procedurali: in forza del suo paragrafo 1, l'autorità di risoluzione effettuerà un marketing o stringerà accordi per il marketing degli attivi, diritti, passività, azioni o altri strumenti dell'istituzione che l'autorità intende trasferire; gruppi di diritti, attività, e passività possono anche essere offerti separatamente. La previsione sembra presupporre uno scenario idilliaco, in cui, a quanto costa, lo strumento in esame, a parte il caso Tercas, che è il precedente, non è mai stato applicato. La banca è sull'orlo del collasso, in dissesto, e la norma sembra suggerire placide negoziazioni, inviti ad offrire. In realtà, come dimostrano il caso in esame e più in generale tutti gli altri di crisi bancarie, il filo rosso che sembra unirli è «we have to batten down the hatches», dobbiamo chiudere gli oblò, nella metafora mercantile del mondo anglo-americano<sup>152</sup>! In verità, l'aspetto che li caratterizza è la rapidità della decisione nell'incalzare degli eventi, come fu nel caso in commento dell'interessamento della BPB nell'operazione di salvataggio; qualche dubbio si ritiene di dover esprimere sulla possibilità di osservare pedissequamente le procedure e le tempistiche della nuova norma della BRRD. Non è un caso che il paragrafo 3 dello stesso articolo contempla una relativa eccezione<sup>153</sup>, costituita dal fatto che si debba procedere con

<sup>148</sup> O, alternativamente, attività, diritti e passività dell'ente creditizio assoggettato a risoluzione.

<sup>149</sup> Nel caso della Tercas, *ante litteram* del processo di cessione a terzi, l'ulteriore opportunità non si materializzò nemmeno in quanto la prima cessione era esaustiva delle attività e passività della Banca in Crisi.

<sup>150</sup> J. RYS, *Robustness*, cit., p. 83. Da un punto di vista più tecnico, per la peculiarità dell'autorità di risoluzione nell'architettura dell'Unione Bancaria Europea, si rimanda a N. RUCCIA, *How "Unconventional" is the Single Resolution Board in the Framework of EU Agencies?*, in *St. integr. eur.*, 2018, pp. 137-150.

<sup>151</sup> «In a timely manner», nella versione inglese della BRRD, dunque in tempi ragionevoli.

<sup>152</sup> Dunque, occorre correre ai ripari.

<sup>153</sup> I. FERNANDEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Resolution*, cit.

rapidità<sup>154</sup>. Anzi, si sospetta al riguardo che la relativa eccezione verrà maggiormente usata e diventerà di fatto la regola.

Ai sensi poi del successivo paragrafo 2 dell'art. 39, BRRD, l'offerta delle attività sarà effettuata secondo una serie di criteri: sarà il più trasparente possibile e non rappresenterà in modo fuorviante le attività, i diritti, le passività, le azioni ovvero gli altri strumenti di proprietà dell'istituzione che l'autorità intende trasferire, avuto riguardo alle circostanze e in particolare al bisogno di mantenere stabilità finanziaria; non favorirà indebitamente né discriminerà i potenziali acquirenti; non sarà affetta da conflitti di interesse e non conferirà un ingiusto vantaggio al potenziale acquirente; dovrà tenere presente l'esigenza che la risoluzione bancaria sia realizzata rapidamente e che sia massimizzato, per quanto possibile, il prezzo di vendita delle azioni e degli altri strumenti finanziari, attività, diritti o passività coinvolte.

## 7. Conclusioni

«Errare humanum est, perseverare diabolicum». Il Tribunale della UE, con la decisione in commento, adotta un cauto approccio in merito ad una decisione amministrativa della Commissione Europea, la quale era *prima facie* inficiata da irrazionalità tecnica. Eppure, il ragionamento della Corte, invece che mettere a nudo quella che, secondo le categorie italiane, sarebbe stata una illegittimità della decisione dell'autorità amministrativa, si cimenta, seppur arrivando al medesimo risultato, sul piano del sofismo più involuto della qualificazione dell'intervento del fondo, quale aiuto di stato o meno. Sebbene tale arzigogolato argomento del Tribunale UE giunge alle stesse conclusioni (*ergo*, la BPB non ha violato alcuna norma), preoccupa alquanto che l'autorità giurisdizionale di primo grado dell'Unione ometta di considerare il carattere fondamentale del terzo pilastro dell'Unione Europea: il fondo è autonomo e le sue risorse sono private, in quanto discendono dalle contribuzioni delle banche aderenti al sistema, *a fortiori* nel caso italiano in cui, per ragioni solidaristiche, la quali si riconnettono anche alla tradizione sociologica italiana, gli statuti dei fondi consentono di contribuire al di sopra di quanto strettamente necessario per pagare i depositanti assicurati. Pertanto, è da escludere qualsiasi connessione, diretta ovvero indiretta, fra tali fondi privati ed *agere* amministrativo. In proposito, in modo per certi versi speculativo, si ritiene che l'operare della FITD, nella vicenda Tercas, con fondi privati, i quali riflettono le più alte contribuzioni che effettuano le banche italiane, per finalità mutualistiche, e l'utilizzo concreto di tali fondi, ove se ne concretino le circostanze, costituisca una nuova tipologia di *bail-in*, il così detto *bail-with*. Il *bail-with* sarebbe tale in quanto, rispetto al *public bail-out*<sup>155</sup>, realizzerebbe il salvataggio

<sup>154</sup> Più precisamente si prevede che l'autorità di risoluzione è autorizzata ad applicare la vendita del business senza rispettare il requisito dell'offerta o marketing ove la stessa autorità ritenga (*ergo*, con ampia discrezionalità tecnica) che il rispetto di tali requisiti possa verosimilmente pregiudicare uno o più degli obiettivi di risoluzione; in particolare se ritiene che: (a) vi sia un rilevante rischio alla stabilità finanziaria che deriva, ovvero è aggravato, dal dissesto ovvero dal possibile dissesto della istituzione assoggettata a risoluzione; e congiuntamente, (b) l'osservanza dei requisiti di marketing e pubblicità potrebbe ragionevolmente pregiudicare l'efficacia dello strumento stesso.

<sup>155</sup> O «government bail-out», ad usare la terminologia di un Autore (cfr. M. SCHILLIG, *Resolution*, cit., p. 340).



dell'ente creditizio attraverso l'uso, pienamente legittimo, delle somme che i fondi di tutela dei depositanti, in linea con i propri statuti, chiedessero di versare agli aderenti<sup>156</sup>.

Tali altrimenti pacifiche conclusioni sono inferibili dalla lettura della normativa istitutiva del terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea, normativa che la Commissione sembra abbia voluto alquanto ignorare. Sono apparsi alla Commissione - ente appalesatosi vagamente "gossippy" in tale occasione - più convincenti i *dicunt* legati al fatto che alle riunioni fra terzo compratore, fondo interbancario e banca in dissesto interveniva anche la Banca d'Italia per desumere, sulla base di una non meglio definita qualificazione giuridica, che la questione veniva gestita in una dimensione di interesse pubblico, *ergo* aiuto di stato.

Come sottolineato anche in questo contributo, l'intervento della banca pugliese nel capitale di Tercas, quale compratore privato, pur avvenuto prima della emanazione della più volte citata BRRD, aveva comunque caratteristiche simili a quelle di uno degli strumenti di risoluzione di cui alla BRRD medesima, in questo caso l'acquisto da parte di una banca terza. Se ciò è vero, la Commissione ha tentato un approccio abrasivo della nuova fattispecie, con una interpretazione che, connettendo automaticamente intervento del fondo e intervento di stato, renderebbe di fatto inattuabile il nuovo strumento. In altre parole, *a contrario*, se l'intervento del fondo di garanzia fosse stato considerato aiuto di stato ai sensi degli artt. 38 e 39 della BRRD, quest'ultima lo avrebbe espressamente menzionato e qualificato quale illegale. Ciò invece non si è verificato.

Ancora, anche se l'impianto normativo della UE vada sempre più migliorando, appare anche necessario ipotizzare forme di tutela giurisdizionale più tuzioristiche per l'impresa bancaria. In questo caso, il terzo compratore ha dovuto attendere quattro anni circa per il merito della controversia. Anche se il ritardo lascia spazio ad azioni risarcitorie nei confronti dell'amministrazione europea<sup>157</sup>, è ragionevole chiedersi se non si renda necessario prospettare riforme nell'ambito del diritto europeo, non solo di diritto sostanziale, ma anche di natura processuale. Fra queste vi potrebbe essere la possibilità di introdurre un'azione ingiuntiva che consenta - alla parte affetta da un provvedimento *prima facie* illegittimo dell'autorità - una sospensione dell'atto medesimo. Senza un tale strumento processuale, l'azione risarcitoria che allo stato attuale spetta innegabilmente alla Banca acquirente, ma anche al fondo, rischia di divenire una inutile vittoria di Pirro.

Sebbene sia indubbio che la crisi finanziaria del 2007/2008 abbia mutato l'economia mondiale, così come era accaduto per la crisi del 1929 e per le altre, purtroppo ricorrenti nella storia dell'umanità, non è soltanto la legislazione traumatizzata che lascia ormai perplessi<sup>158</sup>, ma anche la interpretazione iper-psicologizzata delle autorità, come quella della Commissione UE nel campo della battaglia giudiziaria della Tercas. Il massimalismo della

---

<sup>156</sup> Un concetto di *bail-with*, il quale sarebbe corroborato proprio dal caso Tercas e dagli altri che in futuro ci possano essere, non sembra essere stato mai proposto in dottrina in precedenza. Per approfondimenti in merito a tale figura, cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in: Do Italians do It Better (or Worse)?*, University College of London, Chair of Professor Chiu, Seminar, 18 settembre 2019; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in: Do Italians do It Better (or Worse)?*, di prossima pubblicazione.

<sup>157</sup> Come sottolineato correttamente in dottrina (D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio*, cit., p. 185) ciò appare non troppo probabile, essendovi stata nel frattempo, come ricordando in altra parte del presente lavoro, l'impugnativa della Commissione. L'Autore sottolinea correttamente: «Se è vero che l'impugnazione non produce effetti sospensivi, è altrettanto vero che sarebbe quanto meno aleatorio intraprendere azioni di risarcimento di banche in crisi, attraverso l'intervento di un privato come il Fondo interbancario fintantoché l'approccio del Tribunale non sarà definitivamente confermato dalla Corte di giustizia rigettando l'impugnazione della Commissione».

<sup>158</sup> Chi scrive, ha parlato recentemente di «traumatise d regulation» (Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge*, cit.).

decisione della Commissione in merito alla Tercas, nel 2014, sembra fare il paio con la medesima *forma mentis*, che ha animato l'autorità amministrativa dell'Unione nel 2014. *Enough is enough*, probabilmente è necessario andare oltre, particolarmente ora che sono passati più di due lustri dallo scoppio delle crisi finanziarie del 2007/2008.

Inoltre, il presente lavoro, nell'esaminare il rapporto fra risoluzione, aiuti di Stato e terzo pilastro (tutela dei depositanti), riprende considerazioni passate, in cui veniva suggerita la creazione di un sistema realmente paneuropeo di tutela dei depositanti, con creazione di un unico fondo. Tuttavia, alla luce della vicenda Tercas, un tale entusiastico approccio viene rimeditato. Fino a quando la delega di sovranità dai diversi Paesi dell'Unione nel settore bancario, inclusa la tutela dei depositanti, non sia adeguatamente compensata da forme di tutela evolute, anche di tipo giurisdizionale, rispetto a logiche meta-giuridiche delle autorità amministrative, è forse opportuno che ciascun Paese mantenga per sé una parte della propria sovranità<sup>159</sup>.

In definitiva, si propone sommessamente un cartellino giallo al Tribunale della UE, per aver partorito una decisione giusta ma con un ragionamento debole, dovuto forse al *metus reverentialis* verso la Commissione. Si suggerisce un cartellino rosso nei confronti della Commissione per aver emesso una decisione in cui si ignorano i principi degli stessi pilastri dell'Unione Europea. Si impone invece, senza appello e senza forma alcuna di tutela<sup>160</sup>, un cartellino nero per l'estensore linguistico della sentenza del Tribunale UE: in una lingua italiana tristemente violentata da anglicismi<sup>161</sup>, l'estensore, nel riferirsi ad eventi di cinque anni addietro, usa costantemente il passato prossimo, laddove Dante e chi lo ha seguito avrebbe usato (ed userebbe) il passato remoto. Ciò è finanche paradossale in quanto come noto, nella lingua di Robert Burns e Guglielmo Scrollalancia<sup>162</sup>, si sarebbe usato (e si usa tuttora) il *past tense*.

---

<sup>159</sup> Nel caso di specie, la peculiarità italiana di avere un fondo di garanzia il quale, in forma pienamente legale, chiede contribuzioni più alte in vista di interventi più ampi del sistema, andrebbe salvaguardata, al fine di consentire all'industria bancaria italiana di auto-preservarsi.

<sup>160</sup> E in dispregio di ogni Carta Costituzionale.

<sup>161</sup> Gli anglicismi non solo sono ben lungi dal dimostrare che chi li usa parla e scrive in inglese, ma è corroborato scientificamente che nemmeno aiutano l'italiano. La sentenza Tercas ne è ulteriore inconfutabile prova e forse tale assunto linguistico è l'unica certezza della saga Tercas.

<sup>162</sup> Il siciliano che è poi diventato il bardo di Inghilterra, meglio noto come William Shakespear.