

## Aiuti di Stato alle banche: la decisione della Corte sul *burden sharing*

### Contenuti

1. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl e la sentenza della Corte di Giustizia
- 1.1 La competenza della Commissione ad imporre il principio del "*burden sharing*"
- 1.2 La compatibilità del "*burden sharing*" con il diritto dell'Unione
2. Conclusioni

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata ieri, con un'attesa sentenza, sul caso *Kotnik*, a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte Costituzionale slovena ai sensi dell'art. 267 TFUE. Il rinvio era volto ad ottenere alcuni orientamenti in merito alla corretta interpretazione della comunicazione della Commissione Europea dell'agosto 2013 ("**Comunicazione del 2013**") con cui è stato introdotto il requisito del *burden sharing*<sup>1</sup>. È tuttavia il caso di osservare che nell'affrontare la questione - specificamente riferita alla Comunicazione del 2013 - la Corte fissa alcuni rilevanti principi che rendono la pronuncia un'importante chiave di lettura anche per la normativa successiva, ivi compresa la *Direttiva Resolution*<sup>2</sup> che - come noto - introduce il (ben più invasivo) principio del *bail-in*.

Secondo la Comunicazione del 2013 "...*gli aiuti [al settore bancario] dovrebbero essere concessi soltanto a condizioni tali da comportare un'adeguata condivisione degli oneri da parte degli investitori esistenti.*" (cd. "*burden sharing*") (punto 40). In sostanza, uno Stato può intervenire con risorse pubbliche per sollevare una banca dal dissesto solo dopo che le sue perdite siano state in prima battuta assorbite da detentori di strumenti *equity* e, in seconda battuta, dai titolari di strumenti di capitale ibridi e di titoli di debito subordinato (i quali devono contribuire a ridurre i deficit di capitale nella misura massima possibile).

In applicazione del principio del *burden sharing* - recepito dalla normativa bancaria slovena<sup>3</sup> - la Banca centrale slovena, con propria decisione del 17 dicembre 2013, aveva imposto l'annullamento delle cd. passività<sup>4</sup> ammissibili nei confronti di cinque banche in difficoltà finanziaria<sup>5</sup>, condizione per la successiva autorizzazione da parte della Commissione Europea degli interventi di sostegno finanziati con fondi pubblici<sup>6</sup>.

Tale annullamento è stato oggetto di ricorso da parte di alcuni cittadini<sup>7</sup>, che hanno richiesto alla Corte Costituzionale slovena di verificare la legittimità costituzionale delle disposizioni della normativa bancaria slovena che ha recepito il principio del *burden sharing*, e le sue implicazioni per i creditori. La Corte - ritenendo che le previsioni legislative nazionali costituissero una mera implementazione di quanto stabilito dalla Commissione nella Comunicazione del 2013 - ha sospeso il procedimento principale ed ha posto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sette domande pregiudiziali, che concernono due macro-questioni.

Nello specifico, con le domande 1, 2 e 6, la Corte Costituzionale slovena ha sostanzialmente richiesto alla Corte di Giustizia di verificare la competenza della Commissione Europea a imporre il "*burden sharing*" come prerequisito all'autorizzazione di un aiuto di Stato<sup>8</sup>. Con le ulteriori quattro domande (i.e. 3, 4, 5 e 7), invece, la Corte Costituzionale ha richiesto di esaminare la compatibilità delle conseguenze del *burden sharing* con il diritto dell'Unione, ed in particolare con il principio di legittimo affidamento, di tutela di azionisti e creditori (codificato dalla direttiva 2012/30 UE), di mutuo riconoscimento delle procedure di risanamento nonché con il diritto di proprietà<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione C(2013) 216, relativa all'applicazione, dal 1 agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, 30.7.2013

<sup>2</sup> Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, GUUE L 173, 12.6.2014.

<sup>3</sup> Si tratta, in particolare, dello Zakon o bančništvu e della legge che lo modifica e lo integra, lo Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu.

<sup>4</sup> Articolo 261(a) dello Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu.

<sup>5</sup> La Nova Ljubljanska banka, d.d., la Nova Kreditna banka Maribor, d.d., la Nova Kreditna banka Maribor, d.d., la Probanka, d.d., e la Factor banka, d.d.

<sup>6</sup> Decisioni della Commissione Europea del 18 dicembre 2013: SA.33229 (2012/C) (Nova Ljubljanska banka, d.d.); SA.35709 (2013/N) (la Nova Kreditna banka Maribor, d.d.); SA.37690 (2013/N) (Abanka, d.d.); SA.37642 (2013/N) (Probanka, d.d.); SA.37643 (2013/N) (Factor banka, d.d.).

<sup>7</sup> L'istanza è stata presentata dal Consiglio nazionale (Državni svet), dal difensore civico (Varuh človekovih pravic) e varie persone fisiche.

<sup>8</sup> In particolare, le domande 1, 2 e 6 erano volte a determinare: a) l'eventuale "forza vincolante" della Comunicazione del 2013; b) l'imposizione del "*burden sharing*" come prerequisito all'autorizzazione di un aiuto di Stato rientri nelle competenze attribuite alla Commissione; se l'obbligo di conversione o riduzione di capitale ibrido e di strumenti di debito subordinato previsto dalla Comunicazione del 2013 sia un prerequisito necessario per l'autorizzazione di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 (3) (b) o quantomeno se sia sufficiente che la riduzione o conversione operi in misura proporzionata.

<sup>9</sup> Le domande 3, 4, 5 e 7 erano volte a richiedere alla Corte: a) se sia compatibile con il principio di tutela del legittimo affidamento l'imposizione misure di condivisione degli oneri, qualora queste concernano titoli emessi prima dell'entrata in vigore della Comunicazione; b) se l'attuazione delle predette misure sia compatibile con il diritto di proprietà; c) se l'imposizione di misure di condivisione degli oneri sia compatibile con il principio di tutela di azionisti e creditori

## 1. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl e la sentenza della Corte di Giustizia

Sul caso si era già espresso, nello scorso febbraio, l'Avvocato generale Wahl che – nel confermare in sostanza la validità della Comunicazione del 2013 e del principio del *burden sharing* ivi declinato – aveva tuttavia lasciato aperti alcuni “spiragli” circa la potenziale compatibilità di salvataggi bancari realizzati con risorse pubbliche e che non prevedessero la previa applicazione del “*burden sharing*”. Alle medesime conclusioni giunge altresì la Corte di Giustizia, in relazione ad entrambe le macro-questioni oggetto del presente procedimento.

### 1.1 La competenza della Commissione ad imporre il principio del “*burden sharing*”

Per quanto concerne la competenza della Commissione Europea a imporre il “*burden sharing*” come prerequisito all'autorizzazione di un aiuto di Stato, l'AG Wahl aveva già ricordato che sebbene la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato rientri tra le competenze esclusive della Commissione Europea e questa disponga in merito di ampi poteri discrezionali, essa “*non ha un potere legislativo generale*” e, pertanto, “*non è legittimata ad emanare norme vincolanti generali e astratte*” (Conclusioni AG, punti 36-37).

Tale conclusione è ripresa dalla Corte che pertanto nella propria sentenza afferma che la Commissione può ben auto-vincolarsi stabilendo in anticipo i criteri di approvazione delle misure che sono sottoposte alla sua attenzione; tuttavia, poiché tali vincoli non hanno forza di legge, “*gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali*” (Sentenza Corte, punto 43). La Corte sembra così restringere la portata delle conclusioni rese dall'AG Wahl, che – pur notando come la stessa Comunicazione del 2013 escludesse la condivisione degli oneri “in circostanze eccezionali” (Conclusioni AG, punto 49) – si limitava a ribadire che “*la Commissione non può considerare la condivisione degli oneri come conditio sine qua non*”, poiché “*la condivisione degli oneri non compare nel testo dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE*” (Conclusioni AG, punto 48). Peraltro, la Corte ha altresì precisato che la Commissione è tenuta ad “*esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere*” (Sentenza Corte, punto 41).

Al contempo, tuttavia, la Corte riconosce che l'imposizione di misure di *burden sharing* – come specificato nella stessa Comunicazione del 2013 – limita al minimo necessario gli aiuti di Stato e riduce le distorsioni della concorrenza, in quanto: a) impedisce il ricorso agli aiuti di Stato quale mero strumento che consente di ovviare alle difficoltà finanziarie delle banche interessate; b) riduce l'entità dell'intervento necessario (poiché in parte finanziato dai proventi di tali misure); c) ovvia al problema del «rischio morale», legato al fatto che le persone sono inclini ad assumere decisioni rischiose allorché le eventuali conseguenze negative di quest'ultime sono sopportate dalla collettività (Sentenza Corte punti 54-58).

La statuizione della Corte contribuisce a dissolvere dubbi da varie parti sollevati circa la pertinenza della tutela dei contribuenti in relazione alla normativa aiuti, la quale è finalizzata, come è chiaro, unicamente alla tutela della concorrenza. La Corte accetta quindi l'impostazione della Commissione, circa la necessità (quantomeno in linea generale) per azionisti ed obbligazionisti di condividere i rischi derivanti dal dissesto della banca.

### 1.2 La compatibilità del “*burden sharing*” con il diritto dell'Unione

Nonostante un'apertura “di principio” verso l'ammissibilità di interventi di salvataggio che non contemplino il previo *burden sharing*, nel prosieguo della propria analisi la Corte - riprendendo le conclusioni dell'AG – ha, da un lato, confermato la piena compatibilità della Comunicazione del 2013 con il principio di legittimo affidamento e con il diritto di proprietà e, dall'altro, ha negato l'esistenza di un contrasto tra la predetta Comunicazione e la direttiva 2012/30, che istituisce una tutela minima per azionisti e creditori delle società per azioni.

Il quesito relativo al legittimo affidamento riguardava la compatibilità di misure di condivisione degli oneri concernenti titoli emessi *prima* dell'entrata in vigore della Comunicazione. La Corte osserva innanzitutto che affinché possa essere utilmente invocato il principio in parola, occorrerebbe dimostrare l'esistenza di una

codificata dalla direttiva 2012/30 UE; d) se le misure di condivisione degli oneri rientrano tra i provvedimenti di risanamento dell'art. 2 della direttiva 2001/24/CE, che garantisce il mutuo riconoscimento delle procedure di risanamento e/o liquidazione intraprese dall'autorità di vigilanza degli Stati membri.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Roma

**Piero Fattori**  
Tel. +39 06 478751  
pfattori@gop.it

**Alberto Pera**  
Tel. +39 06 478751  
apera@gop.it

**Andrea Pezza**  
Tel. +39 06 478751  
apezza@gop.it

rassicurazione “precisa, incondizionata e concordante”, che tuttavia non era riscontrabile nel caso di specie<sup>10</sup>. Né si può opporre che la Comunicazione del 2013 non prevede un periodo transitorio entro cui adeguarsi al nuovo quadro normativo: infatti, “anche a voler supporre che l’Unione abbia precedentemente creato una situazione atta a generare un legittimo affidamento, un interesse pubblico inderogabile può ostare all’adozione di provvedimenti transitori per situazioni sorte prima dell’entrata in vigore della nuova normativa, ma non ancora conclusi” (Sentenza Corte punto 68).

La Corte ribadisce quindi il proprio indirizzo secondo cui sono ammissibili limitazioni ai diritti dei privati in virtù di un superiore interesse pubblico, quale, nel caso di specie, garantire la stabilità del sistema finanziario. Analogo ragionamento era stato utilizzato dall’AG Wahl (che tuttavia la Corte non ha ritenuto di riprendere) per giustificare eventuali restrizioni del diritto di proprietà. Nelle conclusioni, infatti, si metteva in evidenza come ai sensi dell’articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea tale diritto non fosse assoluto e fossero dunque legittime le restrizioni apportate per finalità di interesse generale quali, nel caso in esame, garantire la stabilità finanziaria ed evitare un’eccessiva spesa pubblica (punti 87 e 88).

Peraltro, la Corte di Giustizia – nel confermare la compatibilità del *burden sharing* con il diritto di proprietà - fa invece applicazione del principio del *no creditor worse off*, previsto dalla direttiva *Resolution*, in base al quale nessun azionista o creditore della banca subisce perdite maggiori di quelle che subirebbe con il suo fallimento. Nella sentenza, infatti, si afferma che gli azionisti e i creditori sono “responsabili per le passività della banca fino a concorrenza del capitale sociale della stessa”, e dunque, laddove il principio del *burden sharing* imponga loro di contribuire a coprire le perdite subite dalla banca nella medesima misura che si proporrebbe in assenza di un aiuto di Stato, non è configurabile alcuna lesione del diritto di proprietà (Sentenza Corte punti 70-76).

Infine, in relazione alla compatibilità del *burden sharing* con il principio della tutela di azionisti e creditori codificato dalla direttiva 2012/30, la Corte ricorda che “le misure previste dalla direttiva 2012/30 per garantire detta protezione riguardano il funzionamento ordinario delle società per azioni”, mentre “le misure di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati, quando sono imposte dalle autorità nazionali, costituiscono misure straordinarie” (Sentenza Corte punti 87-88). In ogni caso, ad avviso della Corte - che sul punto riprende l’AG Wahl - “vi [è] un evidente interesse pubblico a garantire, in tutta l’Unione, una tutela degli investitori forte e coerente, [che tuttavia] non può essere ritenuto prevalente, in ogni circostanza, rispetto all’interesse pubblico a garantire la stabilità del sistema finanziario” (Sentenza Corte punto 91; cfr. Conclusioni AG, punto 107).

## 2. Conclusioni

La sentenza in commento chiarisce la natura non vincolante della Comunicazione del 2013, riconoscendo - sia pure in circostanze eccezionali da verificarsi caso per caso - la non necessarietà del *burden sharing* al fine di ottenere un’autorizzazione all’erogazione di un aiuto da parte della Commissione. Da questo punto di vista, il portato della sentenza sembra essere “superato” dall’entrata in vigore della direttiva *Resolution* che ha introdotto per via legislativa - e dunque vincolante - il (ben più pervasivo) principio del *bail-in*.

È tuttavia da evidenziare che la seconda parte della sentenza in epigrafe - laddove si occupa di verificare la compatibilità delle conseguenze del *burden sharing* con alcuni principi europei - presenta spunti di riflessione, presumibilmente validi anche nel mutato quadro normativo, quali l’uso del principio del *no creditor worse off* e il rilievo dell’interesse pubblico per giustificare limitazioni al principio del legittimo affidamento o (forse) al diritto di proprietà, su cui probabilmente la Corte dovrà tornare in futuro.

<sup>10</sup> A giudizio della Corte, nel caso di specie diftavano i presupposti per l’invocazione del legittimo affidamento: in primo luogo, infatti, “gli azionisti e i creditori subordinati delle banche interessate non disponevano di alcuna garanzia proveniente dalla Commissione” in tal senso; inoltre, “gli investitori in parola non avevano [neanche] ricevuto la rassicurazione” che le misure di salvataggio non avrebbero inciso sui loro investimenti; infine, neanche “la circostanza che, nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale, i creditori subordinati non fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito” è stata ritenuta sufficiente a fondare il legittimo affidamento dei creditori, in quanto, ad avviso della Corte, la prassi decisionale richiede un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica (Sentenza Corte punti 64-66; cfr. Conclusioni AG, punto 68).

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Hong Kong

Londra

New York

[www.gop.it](http://www.gop.it)