

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI
PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE
DELL'IMPRESA NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE".

Roma, 14-15 febbraio 2020

IRENE MECATTI

**L'organizzazione dei sistemi di garanzia dei depositanti in funzione
degli interventi alternativi per la prevenzione e la gestione della crisi
delle banche**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'importanza degli interventi alternativi nel nuovo quadro della disciplina della crisi delle banche. - 3. L'evoluzione della posizione della Commissione e della normativa europea in materia di organizzazione dei sistemi di garanzia e interventi alternativi. - 4. La decisione Tercas e le sue conseguenze. - 5. La sentenza del Tribunale dell'Unione europea. - 6. L'imputabilità allo stato: i poteri della Banca d'Italia nella fase costitutiva dei sistemi di garanzia. - 7. Segue: l'autorizzazione degli interventi. - 8. La pubblicità delle risorse dei SDG: l'obbligo di adesione e contribuzione. - 9. Il mandato del Fitd. - 10. Brevi cenni in tema di criterio del minor onere e *super priority rule*. - 11. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'organizzazione dei sistemi di garanzia dei depositanti (SDG) è da sempre oggetto di studi di *law and economics*¹, volti ad individuare un

¹ V., fra gli altri, P. NOLTE, I. Z. KHAN, *Deposit Insurance Systems: Addressing emerging challenges in Funding, Investment, Risk-based Contributions & Stress Testing*, 2017, 32 ss., su worldbank.org; CEPS, *Options and national discretions under the Deposit Guarantee Scheme Directive and their treatment in the context of a European Deposit Insurance Scheme*, Final Report, November 2019, 3 ss., https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191106-study-edis_en.pdf. V. anche la bibliografia citata, *infra*, § 11.

modello² che permetta ai sistemi stessi di svolgere le funzioni tipiche (prevenzione del *bank run* e mantenimento della stabilità bancaria), senza al contempo incentivare fenomeni di *moral hazard*. Il diritto della UE, invece, si è occupato solo marginalmente dei profili organizzativi, lasciando agli stati membri piena discrezionalità con riferimento alla natura privata o pubblica dei SDG, alle modalità decisionali ed esecutive e, soprattutto, nella determinazione dei rapporti con l'autorità di Vigilanza.

Nel 2015, la decisione della Commissione europea nell'ormai noto caso Tercas³, cui è seguita un'importante sentenza del Tribunale dell'Unione europea⁴, ha invece evidenziato la necessità che i SDG adottino un determinato modello organizzativo qualora vogliano dare corso ai c.d. interventi alternativi al rimborso dei depositanti⁵. Qualora infatti i SDG assumano un'organizzazione incompatibile con la normativa in materia di concorrenza, gli interventi alternativi non potranno essere attivati senza passare il "vaglio" della Commissione europea. Tale "passaggio" è, tuttavia, fonte di inefficienza, *in primis*, in ragione dei tempi necessari per il completamento della procedura autorizzatoria, tendenzialmente incompatibili con la speditezza richiesta per la gestione delle crisi bancarie; in secondo luogo perché, in base alle decisioni sino ad oggi adottate dalla Commissione, l'autorizzazione sarà con molta probabilità negata, con l'effetto di impedire l'utilizzo di uno strumento che, oggi più di ieri, è

² IADI, *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, November 2014, su iadi.org.

³ Decisione UE 2016/1208 della Commissione del 23 dicembre 2015 relativa all'aiuto di stato SA.39451, in *OJ L 203*, 28.7.2016, 1 ss., sulla quale v. *infra*, §4.

⁴ Sentenza 19 marzo 2019, cause riunite T-9816, T-19616, T-19816, ECLI:EU:T:2019:167, sulla quale v., *infra*, § 5.

⁵ Con interventi alternativi qui si fa riferimento a quelli che precedono la dichiarazione di dissesto (noti anche come interventi *volontari*), e non a quelli che si collocano all'interno della liquidazione (c.d. interventi alternativi in senso stretto).

essenziale per la gestione delle crisi bancarie⁶. Pertanto, in assenza di una adeguata organizzazione, i SDG potranno svolgere esclusivamente la funzione di *payout* in sede di procedura di insolvenza (eventualmente sostituita dal finanziamento di operazioni di cessione aggregata), abbandonando la tradizionale funzione di prevenzione e superamento del dissesto (o del rischio di dissesto) delle banche aderenti⁷.

Poste tali premesse, il presente lavoro intende delineare un modello organizzativo di SDG che sia compatibile con il diritto della concorrenza e con quello delle crisi bancarie e che, per l'effetto, permetta ai sistemi stessi di utilizzare gli interventi alternativi. Poiché, tuttavia, il discorso dell'organizzazione non si comprende senza qualche premessa di carattere generale, mi soffermerò in prima battuta sul nuovo quadro normativo in cui si inseriscono i SDG, per poi affrontare il tema che mi sono proposta attraverso l'analisi della decisione della Commissione e della sua riforma, con l'avvertenza che non saranno esaminati tutti i profili attinenti all'organizzazione, ma solo quelli che ineriscono al rapporto con il diritto della concorrenza e delle crisi, riservandomi di dettagliare in altra sede, ciò che qui sarà tralasciato.

2. *L'importanza degli interventi alternativi nel nuovo quadro della disciplina della crisi delle banche*

La BRRD pone come condizione per la risoluzione di una banca la

⁶ V. Sul punto v. FINANCIAL STABILITY BOARD, *Thematic Review on Deposit Insurance Systems, Peer Review Report*, 2012, 13 ss., su fsb.org; P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M. FERNÁNDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management - the role of deposit insurance*, FINANCIAL STABILITY INSTITUTE, *FSI insights on policy implementation n. 17*, August 2019, 3 ss.

⁷ Il Fitd e il suo equivalente delle banche di credito cooperativo, Fondo di Garanzia dei Depositanti (Fgd), hanno effettuato complessivamente 83 interventi a favore delle banche consorziate e soltanto in tre casi hanno rimborsato i depositi. In tutte le altre ipotesi, la crisi è stata risolta e i creditori tutelati attraverso interventi volontari e alternativi (v. sul punto S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo sul caso Tercas*, in *Bancaria*, 3/2019, 27).

sussistenza di un «interesse pubblico»⁸, lasciando ampia discrezionalità interpretativa all'autorità di risoluzione. Nei fatti, l'interpretazione assai restrittiva che ne ha sino ad ora dato il *Single Resolution Board* (SRB)⁹, fa sì che nel caso di dichiarazione di «dissesto o rischio di dissesto», solo un centinaio di banche su circa 3.000 della zona dell'euro saranno sottoponibili a risoluzione¹⁰, mentre per le altre resterà la sola procedura di liquidazione,

⁸ Art. 32, par. 1, lett. c), BRRD. Ai sensi del par. 5 della medesima disposizione, l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se necessaria e proporzionata al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione e se la liquidazione dell'ente secondo la procedura nazionale di insolvenza non consenta di realizzare detti obiettivi nella stessa misura.

⁹ Il SRB ha negato la sussistenza dell'interesse pubblico ai fini della risoluzione, sia nel caso delle banche venete (*SINGLE RESOLUTION BOARD, Notice summarising the effects of the decision taken in respect of Banca Popolare di Vicenza s.p.a.*, reperibile su https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/23.6.2017_summary_notice_banca_popolare_d_i_vicenza_s.p.a._20.00.pdf; ID., *Notice summarising the effects of the decision taken in respect of Veneto Banca s.p.a.*, reperibile su https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/23.6.2017_summary_notice_veneto_banca_s.p.a._20.00.pdf), sia nella crisi di ABLV Bank A.S. (Latvia) e della succursale ABLV Bank Luxemburg (SRB, *Summary of the SRB decision in relation to ABLV Bank, AS e Summary of the SRB decision in relation to ABLV Bank Luxemburg S.A.*, reperibili su <https://srb.europa.eu/en/node/495>). Nella visione del SRB, l'interesse pubblico è strettamente collegato alle dimensioni della banca in termini di impatto dell'insolvenza nell'area euro. Difatti, sia le banche venete, che quelle lettoni/lussemburghesi erano banche significant, ma la loro crisi non è stata ritenuta determinante per l'interesse pubblico. Per converso, la Commissione europea ha ritenuto sussistente tale requisito per gli aiuti alla liquidazione delle banche venete (*State Aid SA. 45664 (2017/N) - Italy - Orderly liquidation of Banca Popolare di Vicenza and Veneto Banca - Liquidation aid*, Brussels, 25.6.2017 C(2017) 4501 final), così determinandosi due nozioni diverse di interesse pubblico, provenienti da due istituzioni della UE (v. sul punto O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in M. Chiti, V. Santoro (edited by), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Springer, 2019, 264 s.).

¹⁰ Da qui l'affermazione «resolution is for few, not the many» (E. KÖNIG, *Why we need an EU liquidation regime for banks*, 5 September 2018, reperibile su <https://srb.europa.eu/en/node/622>). Sull'applicazione residuale della risoluzione cfr. A. DE ALDISIO - G. ALOIA - A. BENTIVEGNA A. GAGLIANO - E. GIORGIANTONIO - C. LANFRANCHI - M. MALTESE, *Towards a framework for orderly liquidation of banks in the EU*, in BANCA D'ITALIA, *Notes on Financial Stability and Supervision*, n. 15 August 2019, 1 e 3, su <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/note-stabilita/2019-0015/Note-stabilita-finanziaria-n15.pdf>. Inoltre, gli Autori evidenziano che il successo della procedura di risoluzione è collegato alla capacità della banca di costituire le *loss-absorbing liabilities* (MREL). Tuttavia, la maggior parte delle banche di medie dimensioni non sono in grado

da effettuare in base alle regole nazionali non armonizzate¹¹. L'esperienza ha dimostrato le difficoltà di reperire – idealmente nell'arco di pochi giorni – un compratore al quale cedere attività e passività della banca da liquidare. Dunque, la soluzione più probabile sarà la liquidazione cosiddetta “atomistica” che, come noto, distrugge valore per tutti gli *stakeholders* della banca, con evidenti ripercussioni negative per il tessuto economico di riferimento. Questo regime normativo “dualistico” finisce, inoltre, col segmentare il sistema bancario tra banche “risolvibili” e non, con l'effetto, da un lato, di innescare processi inefficienti di riallocazione della clientela e di disintermediazione delle banche medio-piccole e, dall'altro, di minare la fiducia nel sistema bancario.

Le conseguenze appena delineate, possono essere ridotte consentendo l'utilizzo dei SDG, attraverso i tradizionali interventi alternativi¹², sulla scorta dello storico esempio fornito dall'Agenzia federale per l'assicurazione dei depositi statunitense (FDIC - *Federal Deposit*

di collocare sul mercato *MREL-eligible instruments* (v. F. RESTOY, *Bail-in in the new bank resolution framework: is there an issue for the middle class?*, speech at the IADI-ERC International Conference, Naples, 23 March 2018, su www.bis.org). Sugli impedimenti alla risoluzione v. il recente studio di A. LEHMANN, *Impediments to resolvability of banks*, Economic Governance Support Unit (EGOV), December 2019, 12 ss., su europarl.europa.eu.

¹¹ Sulle differenze tra ordinamenti, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application and review of Directive 2014/59/EU (Bank Recovery and Resolution Directive) and Regulation 806/2014 (Single Resolution Mechanism Regulation)*, Brussels, 30.4.2019 COM(2019) 213 Final, 8 ss.; P. BAUDINO, A. GAGLIANO, E. RULLI, R. WALTERS, *How to manage failures of non-systemic banks? A review of country practices*, Financial Stability Institute, *FSI Insights on policy implementation* n. 10, October 2018, 6 ss.; J. BINDER, M. KRIMMINGER, M.J. NIETO, D. SINGH, *The Choice between Judicial and Administrative Sanctioned Procedures to Manage Liquidation of Banks: A Transatlantic Perspective*, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 14, Issue 2, April 2019, 178 ss.; S. BUCKINGHAM, S. ATANASOVA, S. FRAZZANI, N. VÉRON, *Study on the differences between bank insolvency laws and on their potential harmonization*, Final Report to the European Commission, November 2019, 13 ss., su ec.europa.eu.

¹² IMF, *Euro area policies financial sector assessment program, Technical note – Bank resolution and crisis management*, July 2018, 42 ss.

Insurance Corporation)¹³. D'altro canto, l'importanza del ruolo dei SGD era ben chiara nell'originario disegno dell'Unione bancaria: accanto al meccanismo unico di supervisione e risoluzione, era prevista la creazione di un sistema europeo di garanzia dei depositi (terzo pilastro), non ancora attuato¹⁴.

Rispetto al crescente bisogno di interventi alternativi ¹⁵ , l'aggravamento della crisi finanziaria globale e le riforme operate dalla Comunicazione della Commissione Europea del 2013¹⁶, dalla BRRD e dalla

¹³ Come evidenziato da F. PANETTA (*Credito e sviluppo: vincoli e opportunità per l'economia italiana*, Bologna, 2019, 5), l'Agenzia ha gestito un numero elevato di crisi di banche – oltre 500 nell'ultimo decennio – con ripercussioni trascurabili sull'economia e sui risparmiatori. Cfr. I. VISCO, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, 25° Congresso Assiom Forex, Roma, 2 febbraio 2019, 10; sull'esperienza degli USA e la sua potenziale trasposizione nell'ordinamento europeo v. J. DESLANDES, C. DIAS, M. MAGNUS, *Liquidation of Banks: Towards an 'FDIC' for the Banking Union?*, *In-depth Analysis*, February 2019, 1 ss., su [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634385/IPOL_IDA\(2019\)634385_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634385/IPOL_IDA(2019)634385_EN.pdf); F. RESTOY, *How to improve crisis management in the banking union: a European FDIC?*, Lisbon, 4 July 2019, 5 ss. su www.bis.org; A. GELPERN, N. VERON, *An Effective Regime for Nonviable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform*, July 2019, 18 ss., su [europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu). In ogni caso, l'utilizzo degli interventi alternativi è diffuso nella maggioranza dei paesi aderenti allo IADI, così come risulta da un recente studio della BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (v. P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M. FERNÁNDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management*, cit., 4 ss.).

¹⁴ Sul terzo pilastro dell'Unione bancaria cfr. H. D. HOWARTH, L. QUAGLIA, *The Difficult Construction of a European Deposit Insurance Scheme: a step too far in Banking Union*, in *Journal of Economic Policy Reform*, 21, 3, 2018, 190 ss.; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, 2018, 372 s. e 400 s.; C. BRESCIA MORRA, *The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation*, in M. Chiti, V. Santoro (edited by), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 393 ss.; T. F. HUERTAS, *Completing the Banking Union*, SAFE White Paper No. 63, September 2019, 2 ss., safe-frankfurt.de; S. BUCKINGHAM, S. ATANASOVA, S. FRAZZANI, N. VÉRON, *Study on the differences*, cit., 59 ss.

¹⁵ V. IADI, *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, cit., 5 s. In seguito alla crisi finanziaria globale, si è assistito ad un importante incremento del numero dei sistemi di garanzia (es. Australia e Singapore hanno introdotto per la prima volta i SDG), del livello (es. USA e Spagna) e del perimetro della garanzia (es. Irlanda, dove la tutela copre anche le obbligazioni, finanche quelle subordinate). V. WORLD BANK GROUP, *Bank Regulation and Supervision after the Global Financial Crisis*, *Global Financial Development Report 2019-2020*, 59 s., su <https://www.worldbank.org/en/publication/gfdr>.

¹⁶ Comunicazione della Commissione Europea sull' «applicazione dal 1 agosto 2013 delle regole sugli aiuti di Stato alle misure di sostegno a favore delle banche nel contesto della crisi finanziaria» (in G.U.C.E. n. C 249/1, del 30 luglio 2013, 1 ss.).

nuova direttiva 2014/49 sui SDG, hanno paradossalmente reso meno agevole il ricorso a tale tipo di strumento. Ciò è avvenuto principalmente per effetto del mutamento della posizione della Commissione europea in relazione al rapporto tra gli interventi alternativi dei SGD e le norme in materia di aiuti di stato (artt. 107 ss. TFUE). Nello specifico, la Commissione ha ritenuto che tale modalità di intervento sia qualificabile come aiuto di stato, qualora i SDG siano sottoposti ad eterodirezione da parte di pubblici poteri. Dunque, l'autonomia decisionale ed organizzativa dei SGD nei rapporti con l'Autorità di vigilanza, è oggi *condizione* per l'utilizzo degli interventi alternativi.

3. *L'evoluzione della posizione della Commissione e della normativa europea in materia di organizzazione dei sistemi di garanzia e interventi alternativi*

E' opinione ricorrente che garanzia dei depositi e vigilanza rappresentino «due facce della stessa medaglia»¹⁷. L'affermazione coglie il delicato equilibrio che lega gli interessi sottesi al controllo delle imprese bancarie e quelli propri dei SGD. Fra le diverse soluzioni teoricamente possibili della disciplina dei rapporti tra SDG e organo di controllo, la direttiva 94/19 ha previsto poche regole, quali l'obbligo di istituzione e il riconoscimento ufficiale dei SGD, l'obbligo di adesione (pena l'impossibilità di esercitare l'attività bancaria)¹⁸ e il divieto del finanziamento pubblico¹⁹. L'armonizzazione minima apportata dalla direttiva 94/19 ha determinato

¹⁷ J. REVELL, *Rischio bancario e assicurazione dei depositi*, in *Banca, Impresa, Società*, 1985, 386.

¹⁸ Art. 3, par. 1, direttiva 94/19.

¹⁹ Considerando 25, direttiva 94/19: «non è indispensabile armonizzare i metodi di finanziamento dei sistemi di garanzia dei depositi o degli stessi enti creditizi dato che, da un lato, il costo di finanziamento di questi sistemi deve essere sostenuto, in linea di principio, dagli enti creditizi stessi e che, dall'altro, la capacità finanziaria di detti sistemi deve essere proporzionata ai loro obblighi; che ciò non deve tuttavia mettere in pericolo la stabilità del sistema bancario dello Stato membro interessato».

che i SGD dei vari paesi membri, abbiano assunto strutture organizzative eterogenee, più o meno integrate nell'apparato di vigilanza, ma comunque caratterizzate quanto meno da un coordinamento con l'organo deputato al controllo²⁰. Il legame con la Vigilanza era, per altro, rafforzato dalla circostanza che la direttiva 94/19 disciplinava esclusivamente il rimborso dei depositi e dunque una modalità attivabile all'interno di una procedura liquidatoria sottoposta, anch'essa, a controllo pubblico.

Nel periodo antecedente alla crisi finanziaria iniziata nel 2007, la struttura organizzativa dei SGD non è mai stata ritenuta dirimente in sede di controllo degli interventi alternativi da parte della Commissione europea, con riferimento alla normativa sugli aiuti di stato. Basti ricordare, nel nostro ordinamento, il caso della Sicilcassa²¹ e in quello spagnolo, il salvataggio

²⁰ Sulle differenze strutturali dei sistemi di garanzia all'interno della Comunità *ante* BRRD cfr. FITD, *L'assicurazione dei depositi nell'Unione Europea*, Roma, 2006, 45 ss. Il legame con la Vigilanza era (ed è) coerente con la circostanza che i SDG svolgevano (e svolgono) la loro attività in favore di imprese sottoposte a controllo pubblico.

²¹ V. Decisione della Commissione 2000/600/EC del 10 Novembre 1999, in G.U.C.E L 256 of 10.10.2000, 21. Il Fitd intervenne apportando mille miliardi di lire per coprire una parte del disavanzo di cessione al Banco di Sicilia delle attività e delle passività della Sicilcassa. La Commissione, dopo aver analizzato la natura giuridica, le regole di funzionamento e le modalità decisionali del Fondo, ritenne l'intervento compatibile con le norme sugli aiuti di stato. Per un'analisi del caso Sicilcassa e degli aiuti di stato ante crisi del 2007 v. ampiamente D. VATTERMOLI, G. ROTONDO, *Gli aiuti di stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, I, 247 ss.; M. VALIGNANI, *Crisi e risanamento del banco di Napoli nella legislazione italiana e nelle decisioni comunitarie*, in *Dir. banca*, 2000, I, 661 ss.; si consenta inoltre il rinvio a I. MECATTI, *Brevi note in tema di aiuti di stato alle banche in crisi*, in *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea II*, Milano, 2004, 992 ss. Più recentemente, v. V. GIGLIO, R. SETOLA, *La disciplina degli aiuti di stato e le crisi bancarie italiane*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2012, 213 ss. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, 271; B. INZITARI, *La disciplina della crisi nel testo unico bancario*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 75, Banca d'Italia, Roma, 2014, 121 s.

pubblico della banca Banesto²². Si è trattato, per altro, di casi molto diversi, sia per la struttura dei SGD coinvolti – l'uno di matrice privatistica²³, l'altro sottoposto a controllo pubblico²⁴ -, sia per il tipo di intervento alternativo, l'uno collocatosi nell'ambito della l.c.a. della Sicilicassa, l'altro di matrice preventiva. L'aggravamento della crisi nel corso del 2012 e la conseguente impossibilità per gli stati di intervenire a favore degli intermediari in difficoltà, hanno portato la Commissione ad assumere una posizione più rigorosa in materia di aiuti di stato, inserendo anche i SGD nel perimetro dei potenziali "fornitori" di sostegni pubblici, soggetti al proprio scrutinio. Nello specifico, spostando sul piano delle banche i principi già espressi in

²² Cfr. Il comunicato stampa della Commissione IP/94/1226 del 15/12/1994 (la decisione non è mai stata pubblicata). Banesto era una delle principali banche spagnole. A causa delle serie difficoltà finanziarie sperimentate nel 1993, la banca fu oggetto di un piano di salvataggio organizzato dalla banca centrale spagnola. Il *Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios* (FGDEB), finanziò un piano che prevedeva l'utilizzo del capitale della banca per ripianarne le perdite, insieme ad un aumento di capitale da parte del Fondo e il trasferimento dei crediti in sofferenza di Banesto. Il FGDEB poi cedette la propria quota di capitale in Banesto al Banco de Santander in seguito ad un'asta, recuperando così parte del suo finanziamento. Sul caso Banesto v. AFI, *Los fondos de garantía de depósitos en España, Análisis Bancario Nota Técnica n. 92*, 2008, 5 ss., reperibile su www.afi.es; A. FLUVIA FAJULA, *La Gestió europea de les ajudes d'estat durant la recent crisi financera i la seva adequació al sistema comunitari de defensa de la competència, Quànderns de recerca* (Bellaterra), 4/2010-2011, 26, reperibile su https://ddd.uab.cat/pub/trerecpro/2011/hdl_2072_179556/4_FLUVIA.pdf.

²³ La Commissione, dopo aver analizzato la disciplina del Fitd, escluse che vi fosse stata un'influenza pubblica sulla decisione di intervenire in favore di Sicilicassa. In quest'ottica, fu considerata irrilevante la partecipazione di un delegato di Banca d'Italia, senza diritto di voto, al Consiglio del Fondo (oggi tale partecipazione non è più prevista dall'art. 13, statuto Fitd). La possibilità dei poteri pubblici di influenzare direttamente le decisioni del Fitd risultò, altresì, limitata dallo statuto e, in particolare, dalla disposizione secondo cui la scelta tra le tre possibilità di intervento andava fatta sulla base del criterio del minore costo, tenuto conto del livello massimo di rimborso stabilito per legge per ciascun depositante rispetto degli statuti e all'unanimità» e che «le banche private rappresentano la maggioranza dei voti nel Consiglio del Fitd alla data della decisione in questione».

²⁴ Nonostante il FGDEB fosse sottoposto a controllo pubblico (la *Comisión Gestora* era composta da ministri economici), secondo la Commissione, la partecipazione volontaria delle banche private al Fondo, la loro contribuzione maggioritaria e la loro partecipazione spontanea al piano di salvataggio di Banesto erano sufficienti per escludere la sussistenza di un aiuto di stato.

materia di imprese in generale²⁵, la Commissione ha, in più occasioni²⁶, valutato quale aiuto di stato l'intervento alternativo di un SGD allorquando si fossero verificate due condizioni cumulative: 1) la decisione dell'intervento era imputabile allo Stato; 2) le risorse, anche se private, erano sottoposte a controllo dello Stato.

Quanto al profilo *sub 1)*, gli interventi alternativi dei SGD dovevano ritenersi imputabili allo stato, quando la relativa decisione non fosse autonoma, ma eterodiretta da autorità pubbliche. Va precisato che nei casi analizzati dalla Commissione, i SGD avevano una struttura organizzativa di tipo pubblicistico e le relative decisioni erano adottate da pubbliche autorità²⁷. Pertanto, il requisito della "imputabilità" allo stato, secondo

²⁵ V. il caso C-482/99 *Stardust Marine*, punti 50-59, ove la Corte di Giustizia elenca una serie di "indizi" che possono qualificare come pubblica una misura di sostegno: «l'integrazione dell'impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa (...) l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta».

²⁶ Cfr. le seguenti decisioni della Commissione europea: C(2011)5554 dell'1.8.2011 relativa al caso SA.33001 (2011/N) - Danimarca - Parte B - *Modifica del regime concorsuale danese relativo agli istituti di credito*, GU 271 del 14.9.2011, punti 43-49; C(2012)3540 del 30.5.2011 relativa al caso SA.34255 (2012/N) - Spagna - *Ristrutturazione di CAM e Banco CAM*, GU C 173 del 19.6.2013, punti 76-87; C(2014)1060 del 18.2.2014 relativa al caso SA.37425 (2013/N) - Polonia - *Regime di liquidazione ordinata delle cooperative di credito*, GU C 210 del 4.7.2014, punti 44-53; C(2008)4138 del 31.7.2008 relativa al caso NN 36/2008 - Danimarca - *Roskilde bank A/S*, GU C 238 del 17.9.2008, punti 28-31; C(2010) 4453 del 29.6.2010 relativa al caso NN 61/2009 - Spagna - *Salvataggio e ristrutturazione di Caja Castilla-La Mancha*, GU C 289 del 26.10.2010, punti 97-106; più recentemente v. caso SA.48287 (2017/N) - Croatia, *Prolongation of the resolution scheme for small credit institutions with total assets below EUR 1.5 billion*, C(2017) 4384 final, punti 5-10.

²⁷ Nel caso danese (SA.33001 (2011/N)), si evidenzia che «the Board of Directors of the Fund is appointed by the Minister for Economic and Business Affairs, and the agreement between the acquiring bank and the Fund regarding the provision of compensation (whether in the form of funds or guarantees) is conditional on the permission of the Minister for Economic and Business Affairs» (punto 47); nel caso spagnolo (SA.34255

l'interpretazione della Commissione, era difficilmente contestabile.

Per ciò che attiene il profilo *sub 2)*, la Commissione ha stabilito che le risorse dei SGD debbano ritenersi “pubbliche” anche se fornite da soggetti privati (*rectius* dalle banche aderenti)²⁸, quando le contribuzioni siano «*mandatory and determined by law up to a predetermined level*»²⁹. In sostanza, l'obbligo di contribuzione (anche quantitativo) è, secondo la Commissione, indice di un controllo statale e, per l'effetto, determina la “pubblicità” delle risorse dei SGD.

Taluni dei principi appena espressi sono poi confluiti nella Comunicazione bancaria del 2013³⁰, ove (par. 63-64) si afferma: «*Gli interventi dei fondi di garanzia dei depositi per rimborsare i titolari dei conti in*

(2012/N)), la Commissione sottolinea che «the decision to have the DGF provide the capital was taken at a later stage, when the Spanish authorities decided to use the DGF as the vehicle to provide support measures for the restructuring of banks in Spain» (punto 79). Per altro, la struttura del SDG spagnolo prevede che l'organo gestionale del Fondo sia così composto: «un rappresentante del Ministerio de Economía y Competitividad, uno del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, cuatro designados por el Banco de España y cinco por las asociaciones representativas de las entidades de crédito adheridas, en los términos previstos reglamentariamente» (art. 7, Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito). Inoltre, è il FROB che decide l'ammontare degli interventi volontari (art. 3, Real Decreto-ley 16/2011). Quanto al recente caso SA.48287 (2017/N), è bene evidenziare che in Croazia l'autorità di risoluzione e i sistemi di garanzia sono uniti in un'unica autorità (*State Agency for Deposit Insurance and Bank Resolution - DAB*). Trattasi di un'agenzia dello Stato i cui membri del cda sono nominati dal Governo croato. Il Consiglio di amministrazione è presieduto dal Ministro delle finanze e riferisce sul suo operato al Governo. La stessa Croazia, nel richiedere recentemente l'autorizzazione alla Commissione, ha ammesso che il proposto intervento del DAB costituiva aiuto di stato ai sensi del 107(1), TFUE.

²⁸ Il fatto che una misura che conferisce un vantaggio non sia finanziata direttamente dallo stato, bensì da un ente pubblico o privato designato o istituito dallo Stato al fine della gestione dell'aiuto, non esclude che tale misura sia finanziata mediante risorse statali (Causa 78/76, *Steinike & Weinlig*, punto 21).

²⁹ Cfr. casi SA.34255 (2012/N), *Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM)*, cit., punto 77 che richiama il caso 61/2009 *Rescue and restructuring of Caja Castilla-La Mancha*; SA.37425 (2013/N) - Polonia - *Credit Unions Orderly Liquidation Scheme*, cit., punto 45.

³⁰ Comunicazione della Commissione Europea sull' «applicazione dal 1 agosto 2013 delle regole sugli aiuti di Stato alle misure di sostegno a favore delle banche nel contesto della crisi finanziaria» (in G.U.C.E n. C 249/1, del 30 luglio 2013, 1 ss.).

conformità con gli obblighi degli Stati membri a norma della direttiva 94/19/CE (...) non costituiscono aiuti di Stato. Il ricorso a tali fondi o a fondi simili per favorire la ristrutturazione degli enti creditizi può tuttavia costituire aiuto di Stato. Anche se i fondi in questione potrebbero provenire dal settore privato, essi possono costituire aiuti nella misura in cui sono soggetti al controllo dello Stato e la decisione relativa all'utilizzo dei fondi è imputabile allo Stato. La Commissione valuterà la compatibilità degli aiuti di Stato concessi sotto forma di interventi di questo tipo alla luce della presente comunicazione». Dunque, mentre il rimborso dei depositi non può essere mai ritenuto aiuto di stato, trattandosi di una modalità di intervento obbligatoria per altro imposta dal diritto della UE, gli interventi volti a superare lo stato di dissesto o rischio di dissesto di una banca al di fuori di una procedura di gestione della crisi (l.c.a. o risoluzione), possono essere qualificati come aiuti di stato, in seguito ad una valutazione svolta caso per caso dalla Commissione, se le risorse utilizzate e il loro utilizzo sono soggette a controllo pubblico.

Successivamente, la direttiva 49/2014 ha apportato importanti novità con riferimento alla istituzione e al funzionamento dei SGD³¹. Essa ha innanzi tutto disciplinato, anche alla luce di quanto previsto dalla BRRD³², gli interventi (art. 11), distinguendoli tra obbligatori e alternativi. I primi sono di due tipi: il rimborso dei depositi nell'ambito di una procedura di insolvenza e il finanziamento della risoluzione ai sensi dell'art. 108, BRRD³³. Quanto ai secondi, la direttiva prevede la facoltà, per il diritto nazionale, di prevedere che i SDG utilizzino le proprie risorse «per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e

³¹L'art. 1 esordisce stabilendo che «La presente direttiva fissa norme e procedure relative all'istituzione e al funzionamento dei sistemi di garanzia dei depositi (SGD)».

³² V. art. 109.

³³ V. art. 11, par. 1-2, direttiva 49/2014.

altri effetti negativi»³⁴. Dunque, i SDG possono, al di fuori della risoluzione, e nel rispetto della regola del minor onere³⁵: i) concedere forme di sostegno in favore di banche in crisi per evitarne il dissesto³⁶; ii) «finanziare misure volte a preservare l'accesso dei depositanti ai depositi coperti, compreso il trasferimento delle attività e delle passività e il trasferimento dei libretti di deposito, nel contesto in procedure di insolvenza nazionali»³⁷. Gli interventi alternativi sono sottoposti al controllo della Commissione³⁸, ai fini della compatibilità con la disciplina degli aiuti di stato³⁹.

La direttiva 49/2014 ha inoltre regolato nel dettaglio le modalità e l'entità della contribuzione ai SGD (artt. 10 e 13) e il procedimento di rimborso (art. 8); essa non è tuttavia intervenuta sui profili organizzativi dei SGD, lasciando nuovamente ampia discrezionalità agli stati membri con riferimento alla natura giuridica da attribuire agli stessi e al rapporto con

³⁴ V. considerando 16.

³⁵ V. considerando 16 e art. 11, par. 3, lett. c), direttiva 49/2014.

³⁶ V. art. 11, par. 3-4, direttiva 49/2014.

³⁷ V. art. 11, par. 6, direttiva 49/2014.

³⁸ L'impianto normativo costituito dalla BRRD (artt. 15 ss.) e dal reg. SRM (art. 19), prevede ampi poteri in favore della Commissione, alla quale è sempre conferito un potere di sindacato discrezionale sulla sussistenza o meno di aiuti di stato. Non sono previsti limiti a tale potere discrezionale.

³⁹ Il considerando 55, BRRD prevede che «Salvo se espressamente specificato nella presente direttiva, 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. A tale riguardo, è 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 in dissesto rispetti le pertinenti disposizioni in materia di aiuti di Stato». V. anche il considerando 3, della direttiva 49/2014: «Alla luce dei costi economici complessivi del fallimento di un ente creditizio e degli effetti negativi sulla stabilità finanziaria e sulla fiducia dei depositanti, è auspicabile prevedere non solo la funzione di rimborso dei depositanti, ma anche la sufficiente flessibilità affinché gli Stati membri possano consentire agli SGD di attuare misure volte a ridurre la probabilità di future richieste di rimborso nei confronti di detti sistemi. Tali misure dovrebbero sempre rispettare le norme sugli aiuti di Stato».

l'autorità di vigilanza⁴⁰. Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, la direttiva 49/2014, rispetto alla precedente, insiste maggiormente sul necessario coordinamento tra l'attività dei SGD con l'«autorità amministrativa competente»⁴¹, riconoscendo a quest'ultima numerose funzioni, tra cui rilevano: *a)* un generale dovere di vigilanza sui SGD, ai fini del rispetto della direttiva (art. 4, par. 7); *b)* il compito di accertare l'indisponibilità dei depositi (art. 3, n. 8, lett. a) e, in caso di inadempimento da parte di una banca degli obblighi derivanti dall'appartenenza al sistema, di adottare «in cooperazione con l'SDG» le misure appropriate «al fine di garantire che l'ente creditizio adempia ai suddetti obblighi» (art. 4, par. 4); *c)* il rilascio del consenso preventivo all'esclusione di un ente creditizio dal SDG (art. 4, par. 5) e alla richiesta di contributi straordinari da parte del sistema (art. 10, par. 8); *d)* il diritto ad essere consultata in caso di adozione di interventi alternativi, con riferimento agli obblighi imposti, a fronte di tale tipo di intervento, sull'ente creditizio (art. 11, par. 3); *e)* il compito di approvare i criteri di calcolo delle contribuzioni al SGD (art. 13, par. 2). Ulteriore novità è la sottoposizione dei SDG a «prove di stress test dei loro meccanismi» effettuate dall'EBA «al fine di esaminare la resilienza degli SGD»⁴². Si prevede infine che gli stati membri assicurino che i «SGD abbiano istituito pratiche di governance sane e trasparenti. Gli SGD presentano una

⁴⁰ Sulle diverse modalità operative dei SDG europei cfr. CEPS, *Options and national discretions*, cit., 3 ss.; WORLD BANK GROUP, *Bank Regulation*, cit., 59 ss.

⁴¹ L'art. 1, par. 1, n. 17, direttiva 49/2014 definisce l'autorità amministrativa competente come l'«autorità nazionale competente di cui all'articolo 4, paragrafo 1, punto 40, del regolamento (UE) 575/2013». Trattasi del regolamento relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento (reg. CRR), il quale a sua volta definisce l'«autorità competente», come «una pubblica autorità o un ente ufficialmente riconosciuto dal diritto nazionale che, in quanto soggetti appartenenti al sistema di vigilanza in vigore nello Stato membro interessato, sono abilitati, in virtù del diritto nazionale, all'esercizio della vigilanza sugli enti».

⁴² V. art. 4, par. 10, direttiva 49/2014. Sugli stress test dei SDG v. anche EBA, *Orientamenti sulle prove di stress dei sistemi di garanzia dei depositi ai sensi della direttiva 2014/49/UE*, ottobre 2016, 6 ss. su eba.europa.eu.

relazione annuale d'attività»⁴³. Dall'elencazione emerge con evidenza l'importanza del ruolo della Vigilanza, la quale svolge compiti di controllo e coordinamento dei DGS, a prescindere dalla natura pubblica o privata del sistema di garanzia⁴⁴. Risulta dunque evidente che, sebbene nell'impostazione della direttiva 49/14 non sia prevista un'eterodirezione da parte di pubblici poteri, in considerazione delle prerogative riconosciute all'autorità competente e all'EBA, nonché ancora degli obblighi prudenziali imposti sui SDG, gli organismi di tutela dei depositanti non possano essere equiparati ad un qualsiasi organismo di diritto privato.

4. *La decisione Tercas e le sue conseguenze*

Nel contesto normativo appena delineato, la Commissione europea ha qualificato come aiuto di stato *ex art. 107, par. 1, TFUE*, l'intervento alternativo del FITD in favore della Cassa di risparmio della provincia di Teramo (Tercas)⁴⁵. Le ragioni su cui si basa la decisione attengono alla

⁴³ Art. 10, par. 12, direttiva 49/2014.

⁴⁴ Così afferma anche la direttiva 49/2014 (art. 2, par. 2) allorché stabilisce che «qualora il funzionamento dell'SGD sia gestito da una società privata, l'autorità pubblica che vigila su tale sistema è considerata, ai fini di tale regolamento, un'autorità competente conformemente all'articolo 4, punto 2 del reg. UE n. 1093 del 2010».

⁴⁵ Nell'ambito dell'amministrazione straordinaria di Tercas, il commissario straordinario aveva conseguito l'interessamento della Banca popolare di Bari per l'acquisizione della banca. L'acquirente, tuttavia, aveva subordinato l'operazione all'intervento del Fitd secondo tre modalità: a) erogazione per cassa di un contributo di euro 265 milioni a copertura del deficit patrimoniale; b) prestazione di una garanzia per 35 milioni di euro, a copertura del rischio di credito associato ad alcune posizioni creditorie; c) prestazione di una garanzia per 30 milioni di euro, a copertura dei costi derivanti dal trattamento fiscale della misura *sub a*). Queste misure erano state autorizzate dalla Banca d'Italia nel luglio 2014. Nel marzo 2015 la Commissione europea ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE nei confronti della dell'Italia. Sulla decisione cfr. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 2, 315 ss.; M. BENTIVENGA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia di risanamento e risoluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, 40 ss.; G. BOCCUZZI, R. DE LISA, *The Changing Face of Deposit Insurance in Europe: From the DGSD to the EDIS Proposal*, in *XXI Rapporto sul Sistema Finanziario, The Changing Face of Banking*, Ass. Rosselli, 2016, 7 ss., su *ssrn.com*. V. anche la bibliografia citata alla nota 50.

struttura organizzativa e al mandato del Fitd che dimostrerebbero, ad opinione della Commissione, l'imputabilità allo stato degli interventi alternativi. Nello specifico la Commissione ha rilevato : 1) la sussistenza di un controllo pubblico esercitato dalla Banca d'Italia sul Fondo, comprovato dal potere di approvarne lo statuto, di autorizzare gli interventi da esso deliberati e di partecipare, in qualità di osservatore, alle sue riunioni⁴⁶; 2) l'esistenza di un obbligo di contribuzione e dunque la pubblicità delle risorse utilizzate per finanziare l'intervento⁴⁷; 3) il mandato pubblico del Fitd, individuabile nella protezione dei depositanti, vale a dire uno scopo coincidente con la protezione costituzionale del risparmio (art. 47 Cost.)⁴⁸. Da qui l'obbligo di recuperare l'aiuto presso il beneficiario⁴⁹. La decisione è

⁴⁶ V. punti 127, 129, 130, 141, 142 della decisione. La Commissione evidenziò altresì che, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, la richiesta dell'intervento del Fitd, fosse da ascrivere ai commissari straordinari che, in quanto nominati dalla Banca d'Italia e per legge obbligati ad operare nel pieno rispetto delle indicazioni da essa impartite (punto 128).

⁴⁷ Secondo la Commissione, per i membri del Fitd «[era] obbligatorio, ai sensi della normativa italiana, contribuire ai costi degli interventi di sostegno del FITD» e che «le risorse impiegate per finanziare tali interventi di sostegno [erano] chiaramente prescritte, gestite e ripartite in conformità con la legge o altre norme pubbliche e [avevano] quindi carattere pubblico» (v. punto 137).

⁴⁸ V. punti 120-122.

⁴⁹ Al fine di evitare un impatto negativo rilevante sulla banca acquirente, con potenziali effetti sistemici, il Fitd ha provveduto a creare al suo interno un meccanismo volontario, cui le banche possono aderire volontariamente. Lo schema volontario ha "girato" a Tercas le somme che questa è stata costretta a restituire al Fitd e per tramite di questo al sistema bancario stesso. La ripetizione dell'intervento tramite il meccanismo volontario è stata indicata dalla stessa Commissione come l'unica alternativa percorribile al fine di evitare profili di incompatibilità con il regime normativo degli aiuti di Stato (v. MEF, *Interventi preventivi dei meccanismi di garanzia dei depositi nel nuovo quadro normativo dell'Unione europea - Interlocuzione con la Commissione europea*, 23 dicembre 2015, reperibile su <https://www.lastampa.it/rw/Pub/Prod/PDF/Copia%20di%20documento%20mef.pdf>; v. anche l'audizione di S. Maccarone dinnanzi alla Commissione Finanze della Camera dei Deputati svoltasi in data 25 novembre 2015, trasmessa sul sito www.camera.it. Il d.lgs. n. 30 del 2016 di attuazione della direttiva 49/2014, ha poi introdotto l'art. 96 *quater* 4, t.u.b., ove si prevede la possibilità per le banche aderenti di istituire all'interno dei sistemi di garanzia, uno schema volontario, con patrimonio separato da quello del fondo istituzionale (v. art. 96.1, comma 5, t.u.b.). Sullo schema volontario v. S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Riv. dir. banc.*, 6/2016, 19 ss., su diritto bancario.it.

stata impugnata dalla Repubblica italiana, dalla Banca popolare di Bari e dal Fitd, con l'intervento *ad adiuvandum* della Banca d'Italia, presso il Tribunale di primo UE, il quale ha, nel marzo 2019, accolto il ricorso⁵⁰.

La riforma della decisione della Commissione, essendo intervenuta ben quattro anni dopo il verificarsi dei fatti, non ha potuto evitare le conseguenze derivanti dal coordinamento della stessa con la BRRD. Difatti, la necessità di un sostegno pubblico straordinario – quale, secondo la Commissione, il sostegno concesso dal un SGD – rappresenta uno dei presupposti per la dichiarazione di dissesto dell'intermediario e, quindi, per l'avvio della risoluzione⁵¹ o, per le banche per le quali non sussista l'interesse pubblico, per la sottoposizione a procedura di insolvenza. In altre parole, allorquando una banca necessiti di un intervento alternativo di un SDG, essendo questo considerato un sostegno pubblico straordinario inammissibile, si apriranno due strade: la risoluzione o la liquidazione.

⁵⁰ Sentenza 19 marzo 2019, cit. Per un commento alla decisione del Tribunale v. C. BUZZACCHI, *Il Fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, in *Riv. reg. mercati*, 2/2018, 279 ss.; E. GROSSULE, *Crisi bancarie ed intervento del FITD: prime considerazioni sulla sentenza Tercas*, marzo 2019, su dirittobancario.it; S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei fondi di tutela dei depositanti*, in *Riv. dir. banc.*, 6/2016, 16 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato: un chiarimento importante dalla Corte di Giustizia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, II, 29 ss.; S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo, cit.*, 20 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di stato. La sentenza Tercas: Brussels versus Italy?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 686 ss.; 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 *Dir. banca*, 2019, II, 364 ss.; D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio di banca Tercas non è un aiuto di stato secondo il Tribunale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 3/2019, 174 ss.; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti. Quale lezione dalla recente sentenza del Tribunale europeo sul caso Tercas?*, in corso di pubblicazione su *Giur.comm.*; I. ASIMAKOPOULOS, *The Future of Bank Resolution after the General Court's Tercas Judgment*, October 2019, su europeanlawblog.eu; D.O IGAN, H. MOUSSAWI, A. F. TIEMAN, A. ZDIENICKA, G. DELL'ARICCIA, *The Long Shadow of the Global Financial Crisis: Public Interventions in the Financial Sector*, IMF working paper WP/19/164, 2019, 63 s. Al momento in cui si scrive deve ancora pronunciarsi la Corte di Giustizia (v. Causa C-425/19 P, in G.U.C.E C238, 15.7.2019, 13 ss.).

⁵¹ L'art. 32, par. 3, lett. d), BRRD, prevede che un ente sia da considerarsi in «dissesto o a rischio di dissesto» quando «necessita di un sostegno finanziario pubblico straordinario».

Quanto alla prima, proprio nel nostro ordinamento, la proposta di intervento alternativo da parte del FITD in favore delle note “quattro banche”, ha comportato la sottoposizione a risoluzione delle stesse⁵², per effetto della ribadita qualificazione di tale sostegno quale aiuto di stato. La risoluzione, tuttavia, si è dimostrata economicamente molto più onerosa del proposto intervento del Fitd⁵³. Non solo. Gli effetti dell’applicazione del

⁵² V. lettera dei Commissari Hill e Vestager del 19 novembre 2015, su <http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/All.4-Lettera-Vestager-Hill.pdf>, dove si legge: «If an assessment leads to the conclusion that the use of the deposit guarantee scheme is State aid, resolution of the bank will be triggered under the Bank Recovery and Resolution Directive, which defines “extraordinary public financial support” as being “State aid [...] in order to preserve or restore the viability, liquidity or solvency of an institution». La risoluzione delle quattro banche è stata disciplinata dal d.l. n. 183 del 2015. Sulla risoluzione delle quattro banche cfr. BANCA D'ITALIA, *Informazioni sulla risoluzione delle crisi di Banca Marche, Banca Popolare dell'Etruria e le Lazio, Carichieti e Cassa di Risparmio di Ferrara*, 22 novembre 2015, reperibile all'indirizzo bancaitalia.it; C. BARBAGALLO, Camera dei Deputati, Sesta Commissione Finanze, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano, audizione del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria Banca d'Italia*, Roma, 9 dicembre 2015, 6 ss., su www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2015/Barbagallo-09122015.pdf; ID., *Cassa di risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario. Legge 12 luglio 2017, n. 107, Roma 12 dicembre 2017, 5 ss. su www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2017/Barbagallo-12122017.pdf; G. SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 11, 2016, 1 ss.; F. FIORDIPINTI, *Ancora perplessità sul decreto salva banche*, in *FCHub Focus. Il bail in*, supplemento al n. 1/2016 *Riv. bancaria*, 33 ss.; Rossi, *La disciplina “emergenziale” delle crisi bancarie in Italia: dal decreto “salva banche” al decreto “salva risparmio”. Quale protezione per i risparmiatori?*, in *Amministrazione in cammino*, 2017, 1 ss.; L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di stato. Dalla prospettiva europea all'attuazione nell'ordinamento italiano. Elementi di confronto e spunti di riflessione*, in *Innovazione e diritto*, 2017, 184 ss.; si consenta, inoltre, il rinvio a I. MECATTI, *Il decreto salva banche*, in *L'Unione bancaria europea*, cit., 585 ss.

⁵³ Già subito dopo la risoluzione fu evidenziato (E. MONTANARO, M. TONVERONACHI, *Il vincolo degli aiuti di stato nell'ambito del Meccanismo Unico di Risoluzione. Il caso di quattro piccole banche italiane*, relazione tenuta nell'ambito del *Convegno Meccanismo Unico di Risoluzione: sfide e opportunità per il sistema bancario italiano*, Siena, 13 maggio 2016) che se l'intervento del Fitd non fosse stato considerato aiuto di stato, e quindi la valutazione delle sofferenze fosse stata fatta non a criteri “di mercato” (secondo il *market investor principle* degli aiuti di stato), ma secondo criteri prudenziali, gli obbligazionisti subordinati avrebbero avuto un sacrificio del 31%, con un intervento del Fitd di 3,2 md, minore di quello fatto dal FNR (3,7 md). Per effetto degli eventi successivi alla risoluzione, tra i quali il rilascio delle garanzie a UBI e BPER per i contenziosi successivi alla cessione, i costi FNR risultano notevolmente incrementati (v. BANCA D'ITALIA, *Rendiconto del Fondo nazionale di*

write down su investitori *retail* vittime di *mis-selling*, ha portato lo stato italiano ad adottare una serie di misure di ristoro di cui, alcune incoerenti con la struttura e le funzioni del Fitd⁵⁴, altre addirittura sostenute con denaro dei contribuenti⁵⁵.

Quanto alla seconda ipotesi, l'accertamento della necessità del sostegno pubblico potrebbe⁵⁶ determinare la dichiarazione dello stato di

risoluzione, 28 marzo 2018, 22 ss.). Sul punto v. anche G. BOCCUZZI, *The New European Framework for Banking Crisis Management. Will it be enough?*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2016, 11, reperibile su openreviewmbf.org; S. MACCARONE, *La sentenza*, cit., 26.

⁵⁴ Mi riferisco al Fondo di solidarietà, istituito all'interno del Fitd, dai commi 855-861 della l. n. 20 del 2015, cui ha fatto seguito il d.l. n. 59 del 2016 (in G.U. n. 102 del 3 maggio 2016), convertito nella l. n. 119 del 2016 (in G.U. serie generale n. 153 del 2 luglio 2016). Il Fitd è stato dunque incaricato dell'indennizzo di talune categorie di obbligazionisti subordinati, quando tale categoria non rientra nemmeno nei c.d. "depositi ammissibili" ex art. 96 bis 1., t.u.b. Sul punto si consenta il rinvio a I. MECATTI, *La responsabilità degli enti ponte per le pretese risarcitorie degli azionisti di banche sottoposte a risoluzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, II, 633.

⁵⁵ Il riferimento è al: a) Fondo di ristoro finanziario, previsto dalla l. n. 205 del 2017 e dal d.l. n. 91 del 2018, convertito dalla l. n. 108 del 2018, la quale consente - a chi ha investito in titoli (azioni e obbligazioni subordinate/convertibili) emessi dalle quattro banche poste in risoluzione a fine 2015 e in l.c.a nel giugno 2017 (BV e BPV) a) di ottenere un ristoro pari al 30% dell'importo riconosciuto dall'Acf, con un tetto di 100.000 euro (art. 11, comma 1-bis, del decreto-legge n. 91 del 2018, così come convertito con la l. n. 108 del 2018); e b) al Fondo indennizzo risparmiatori (FIR), recentemente introdotto dalla l. n. 145 del 2018 (art. 1, commi 493-507). Il FIR, con una dotazione iniziale a carico dello stato italiano di 525 milioni di euro per ciascuno degli anni 2019-2021, eroga indennizzi a favore dei risparmiatori (azionisti e obbligazionisti) come definiti al comma 494, che hanno subito un pregiudizio ingiusto da parte di banche e loro controllate aventi sede legale in Italia, poste in l.c.a. dopo il 16 novembre 2015 e prima del 1° gennaio 2018, in ragione delle violazioni massive degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede di cui al t.u.f. Le modalità di accesso al FIR sono disciplinate dal decreto Mef 10 maggio 2019 (in G.U. n. 135 del 11 giugno 2019). Sull'estensione agli azionisti dei meccanismi di ristoro v. G. SANTONI, *L'estensione del Fondo di ristoro finanziario in favore degli azionisti danneggiati dalle crisi bancarie del biennio 2015-17*, editoriale, settembre 2018, su dirittobancario.it.

⁵⁶ Secondo il Presidente del SRB (*European Parliament ECON Committee Hearing - Speech by Elke König*, 28 March 2018, reperibile su <https://srb.europa.eu/en/node/508>), in assenza di un regime liquidatorio armonizzato per le banche, «The failing or likely to fail (FOLF) assessment does not automatically link to the criteria for insolvency/liquidation. Only by raising national bank insolvency procedures to a common standard we can clarify the line between resolution and insolvency and eliminate wrong incentives». Tuttavia, nel nostro ordinamento i presupposti per la l.c.a. (art. 80 t.u.b.), sono identici ai requisiti richiesti per

dissesto per le banche non sottoponili a risoluzione, con l'effetto di innescare la liquidazione atomistica anche per istituti che, diversamente, avrebbero possibilità di sopravvivenza con l'ausilio degli interventi alternativi. Vero è che la Commissione ha autorizzato l'intervento dei SGD a favore di piccole banche, nell'ambito della liquidazione⁵⁷. Trattasi in ogni caso di interventi inseriti in una procedura di insolvenza, e non di misure di sostegno volte ad evitare il dissesto. In sostanza, la Commissione europea ha interrotto una solida tradizione nazionale di gestione delle crisi, senza fornire, al contempo, strumenti alternativi ugualmente efficaci.

5. *La sentenza del Tribunale dell'Unione europea*

Il Tribunale dell'Unione europea affronta in via preliminare la natura privata del Fitd, espressamente riconosciuta dall'art. 96, comma 4, t.u.b. Difatti, rispetto ad un SDG avente natura pubblicistica, tale elemento potrebbe deporre in favore dell'autonomia decisionale. Va tuttavia evidenziato che, ai fini della sussistenza dell'eterodirezione, non è dirimente la natura privata del soggetto in questione⁵⁸. D'altro canto,

il FOLF *assessment* e, pertanto, la sorte della banca cui venga negato un aiuto di stato dovrebbe essere la sottoposizione a l.c.a., così come per altro prospettato nel caso delle quattro banche (v. BANCA D'ITALIA, *Domande e risposte sulla soluzione delle crisi delle quattro banche poste in "risoluzione"*, gennaio 2016, su <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/domande-e-risposte-sulla-soluzione-delle-crisi-delle-quattro-banche-poste-in-risoluzione/>). D'altro canto, la l.c.a. è imposta dall'art. 20, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 180/2015, qualora in assenza dell'interesse pubblico, anche l'applicazione del c.d. *write down* non consenta il superamento dello stato di dissesto.

⁵⁷ V. caso State aid SA.50640 (2018/N) - Italy - *liquidation scheme for small banks*, C(2018) 2295 final. L'Italia è stata autorizzata (fino al 12 aprile 2019, termine prorogabile) a erogare, previo *burden sharing*, aiuti tramite il Fitd e il Fgd a banche con attivo inferiore a 3 miliardi di euro. Questo schema, previsto dalla Comunicazione del 2013 (v. par. 84), già applicato in Polonia (SA.51482 2018/N), Croazia (SA.48287 (2017/N), Danimarca (SA. 54807 2019/N) e Irlanda (SA. 54724 (2019/N), consentirà il trasferimento della parte sana della banca a un altro istituto. Le banche piccole potranno quindi beneficiare di una soluzione di salvataggio simile a quella utilizzata per le banche venete. Il caso più recente di applicazione di questo schema è l'operazione di acquisizione di Banca del Fucino da parte di Igea Banca.

⁵⁸V. caso -303/88, *Italia v. Commissione*, punto 11; C-482/99C-482/99, *Stardust Marine*, punto

quando un ente sia dotato di uno status privato come il Fitd, «la Commissione è soggetta ad un obbligo ancora più significativo di precisare e motivare le ragioni che le consentono di concludere nel senso di un controllo pubblico sulle risorse utilizzate e sull'imputabilità delle misure allo Stato, e, di conseguenza, dell'esistenza di un aiuto ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, Tfeue»⁵⁹. Difatti, in una situazione del genere, non è possibile presumere che lo stato sia in grado di controllare l'impresa e di esercitare un'influenza dominante sulle sue operazioni; è invece necessario fornire prova di «un sufficiente grado di coinvolgimento dello stato nella concessione della misura in oggetto, dimostrando non solo che lo Stato ha la possibilità di esercitare un'influenza dominante sull'ente erogatore ma, altresì, che esso era in grado di esercitare tale controllo nel caso concreto»⁶⁰.

Ciò posto, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione «non ha sufficientemente dimostrato, nella decisione impugnata, che le risorse di cui trattasi fossero controllate dalle autorità pubbliche italiane e che esse fossero di conseguenza a disposizione di queste ultime. La Commissione

57; C-345/02 *Pearle BV* e altri. In particolare, nel caso *Stardust Marine*, si precisa che «il diritto comunitario non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le regole in materia di aiuti di Stato» (punto 23).

⁵⁹ V. punto 67 della sentenza. In tal senso v. Caso T-305/13, 25 giugno 2015, *SACE e Sace BT/Commissione*, punto 48.

⁶⁰ V. punto 69. Negli stessi termini, v. anche caso T-139/09, *Francia/Commissione*, punto 63 e Caso C-482/99 *Stardust Marine*, punti 50-59, ove si elencano una serie di indizi dell'imputabilità allo stato, quali «l'integrazione dell'impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa (...) l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta». In generale, così come per il criterio relativo all'esistenza di risorse pubbliche, il fattore determinante per valutare l'imputabilità allo stato, è il grado di intervento delle autorità pubbliche nella definizione delle misure di cui trattasi e delle loro modalità di finanziamento.

non poteva quindi concludere che, nonostante il fatto che l'intervento del Fitd a favore di Tercas fosse stato effettuato in conformità allo statuto e nell'interesse dei suoi membri, utilizzando fondi esclusivamente privati, sarebbero in realtà le autorità pubbliche che, attraverso l'esercizio di un'influenza dominante sul Fitd, avrebbero deciso di indirizzare l'uso di tali risorse per finanziare un siffatto intervento»⁶¹. Il Tribunale dunque non esclude che gli interventi alternativi dei SGD siano sussumibili nella nozione di aiuto di stato, ma che nel caso di specie non siano stati provati i presupposti di tale qualificazione. In altre parole, il provvedimento non mette in discussione i principi su cui ruota la decisione della Commissione, in termini di l'imputabilità allo Stato e pubblicità delle risorse, assumendo una posizione diversa solo in termini interpretativi.

E' necessario pertanto verificare, innanzi tutto, se l'orientamento del Tribunale sia condivisibile; in seconda battuta e in considerazione della eterogeneità dei SDG in ambito europeo⁶², se dalla sentenza possano essere ricavate regole organizzative a valenza generale per l'attivazione interventi

⁶¹ V. punto 161. Su questi temi cfr. G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in Aa.Vv. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea - Parte Speciale*, Torino, 2017, p. 388 ss.; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, 144 ss.; J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid under EU Law: from Internal Market to Competition and beyond*, Oxford, 2015, 151 ss.

⁶² Prevedono un coinvolgimento di questo tipo il sistema: 1) francese, dove il *Fonds de Garantie des Dépôts et de Résolution*, pur essendo qualificato come «personne morale de droit privé» (art. L312-9, Code monétaire et financier), ha organi di amministrazione e controllo cui fanno parte ministri economici (v. artt. L312-12/13); 2) spagnolo e croato (v. sopra, § 3); 3) olandese (Intervention Act 2012 e successive modifiche), dove il sistema di garanzia è gestito dalla Banca centrale olandese; 4) Regno Unito (Banking Act 2009), ove la decisione di intervento del *Financial Service Compensation Scheme* è del board of directors i cui membri sono nominati «and liable to removal from office, by the Regulators (with the approval of HM Treasury in the case of the Chairman)» (FSCS Articles of association), cioè dalla Financial Conduct Authority e dalla Prudential Regulation Authority; 5) irlandese (S.I. No. 516/2015 - *European Union - Deposit Guarantee Schemes - Regulations 2015*, part. 2), gestito dalla Banca centrale irlandese. Sui sistemi esteri v. R. MORETTI, R. DE LISA, M. DE CESARE, F. PLUCHINO, *La gestione delle crisi delle banche e i ruoli dei fondi di garanzia: casistica europea e inquadramento degli interventi di sostegno del FITD*, Roma, 2014, 34 ss. reperibile su fitd.it; più recentemente IADI, *Deposit Insurance Surveys*, 2018, su <https://www.iadi.org/en/core-principles-and-research/deposit-insurance-surveys/>.

alternativi dei SGD.

6. *L'imputabilità allo stato: i poteri della Banca d'Italia nella fase costitutiva dei sistemi di garanzia*

Il Tribunale ha sostenuto che nessuno dei poteri attribuiti alla Vigilanza nell'interazione con il Fondo di cui all'art. 96 *ter* t.u.b. (compresa anche l'abrogata autorizzazione agli interventi), siano in grado di incidere sull'autonomia decisionale del Fitd e dunque ne determinino eterodirezione⁶³. Le aree di interazione con la Banca d'Italia attengono alla fase costitutiva-organizzativa e a quella decisionale-esecutiva del sistema di garanzia.

Quanto al momento costitutivo-organizzativo, rileva il potere della Banca d'Italia di riconoscere «i sistemi di garanzia, approvandone gli statuti, a condizione che i sistemi stessi non presentino caratteristiche tali da comportare una ripartizione squilibrata dei rischi di insolvenza sul sistema bancario» (art. 96 *ter*, comma 1, lett. a), t.u.b). La norma attribuisce alla Vigilanza un vero e proprio potere conformativo non solo nel momento in cui il sistema si costituisce, ma va da sé, ogni qual volta proceda a modificare il proprio regolamento organizzativo. Ciò tuttavia non significa che la Vigilanza possa esercitare il proprio controllo su tutte le regole organizzative del sistema di garanzia, ma, in applicazione dell'art. 41, comma 3, Cost., così come per altro avviene in sede di controlli sugli statuti

⁶³ V. punto 118, ove si afferma: «I poteri della Banca d'Italia si limitano a realizzare un controllo di conformità con il quadro normativo degli interventi di sostegno, quali decisi dagli organi direttivi del FITD, al fine di autorizzarli».

delle banche ⁶⁴, tale scrutinio deve essere strettamente correlato all'accertamento del rispetto delle finalità poste per legge⁶⁵, vale a dire, in via principale, la tutela dei depositanti e, seconda battuta, il finanziamento della risoluzione⁶⁶. Poiché, tuttavia, i SDG, se non adeguatamente regolati, possono incentivare il *moral hazard*, l'Autorità di Vigilanza, «avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori ed alla stabilità del sistema bancario» (art. 96 *ter*, t.u.b), dovrà verificare che i sistemi stessi svolgano la loro funzione senza al contempo incrementare fenomeni di instabilità. Si tratta quindi di un controllo volto a garantire l'efficienza dei SDG, efficienza in questa sede si identifica nell'esistenza, all'interno degli statuti, di regole che determinino una equilibrata «ripartizione dei rischi di insolvenza sul sistema bancario» (art. 96 *ter*, lett. a, t.u.b.)⁶⁷. In sostanza, i criteri che devono guidare l'esercizio del potere di approvazione degli statuti, non sono altro che la specificazione del principio della «sana e prudente gestione» (art. 14, comma 2, t.u.b) calato nel particolare delle modalità di funzionamento dei SDG. Tale impostazione è confermata dalla direttiva 49/2014 la quale, come

⁶⁴ V. artt. 14 e 56 t.u.b. In materia di limiti ai poteri della Vigilanza sui controlli statuari cfr. M. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001, 38 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *L'autonomia statutaria degli enti creditizi fra libertà e controlli*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 369 ss.; A. NIGRO, in A. Antonucci (cura di), *Dall'attuazione della 2ª direttiva CEE in materia bancaria al Testo unico (Atti del Convegno, Bari, 5-6 marzo 1993)*, Bari, 1993, 79, secondo il quale «l'Autorità di Vigilanza non può imporre propri modelli strutturali od operativi, ma solo accettare o respingere quelli proposti dagli interessati»; F. MERUSI, *Vigilanza e «vigilanze» nel nuovo testo unico delle leggi bancarie*, in *Banca, impresa e società*, 1996, 199 ss.; v. anche M. P. DE TROIA, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: requisiti di onorabilità, qualità degli azionisti, sana e prudente gestione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 257 ss.; P. ANELLO – S. RIZZINO BISINELLI, *Nuove norme di Bankitalia per l'autorizzazione all'attività bancaria*, in *Società*, 1994, 456 ss.; S. AMOROSINO, *L'autorizzazione all'attività creditizia nel nuovo T.U. delle leggi bancarie*, in *Dir. banca*, 1994, I, 149 ss.; F.P. PUGLIESE, *Liberalizzazione dell'attività bancaria e controllo pubblico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. 2, Milano, 1988, 509 ss.

⁶⁵ Si consenta sul punto il rinvio a I. MECATTI, sub art. 96 *ter*, in M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 785.

⁶⁶ V. art. 11, par. 1-2, direttiva 49/2014.

⁶⁷ Tale effetto potrebbe conseguire ad un'eventuale previsione statutaria che ammettesse l'adesione al SDG solo in favore delle banche più solide.

visto, prevede, oltre al generale potere dell'autorità competente di vigilare sui SDG ai fini del rispetto della direttiva⁶⁸, anche l'obbligo dei sistemi di adottare sane pratiche di governance⁶⁹, nonché di sottoposizione a stress test dei loro meccanismi, al fine, da un lato, di permettere la tempestiva rilevazione di «problemi che potrebbero determinare l'attivazione di un SGD»⁷⁰ e, dall'altro, di garantire la resilienza degli stessi SDG rispetto ad un potenziale intervento⁷¹.

In conclusione, i poteri previsti nella fase costitutiva-organizzativa dei SDG sono pienamente coerenti con le funzioni da essi svolte e non ne determinano eterodirezione. Per altro, sono previsti dal diritto della UE, elemento che a mio avviso ne esclude *a priori* l'imputabilità allo stato. Ma su questo mi soffermerò in seguito⁷².

7. Segue: il potere di autorizzare gli interventi

Venendo alla fase decisionale-esecutiva, rilevano: la composizione degli organi decisionali del Fitd, la presenza di rappresentanti della Vigilanza alle relative sedute (oggi non più prevista dallo statuto)⁷³, e l'autorizzazione agli interventi da parte della Vigilanza (oggi abrogata). Secondo il Tribunale, la Banca d'Italia non poteva «in alcun modo obbligare il FITD a intervenire a sostegno di una banca in difficoltà»⁷⁴. In effetti, la struttura organizzativa del Fondo prevedeva che il Consiglio, organo cui

⁶⁸ V. art. 4, par. 7, direttiva 49/2014.

⁶⁹ Considerando n. 8. V. anche art. 4, par. 12, direttiva 49/2014.

⁷⁰ V. art. 4, par. 10, direttiva 49/2014.

⁷¹ Anche lo IADI, *Core principles*, cit., 25, raccomanda che il SDG si doti di *contingency plan* per la gestione di eventi inattesi e di carattere eccezionale che possano comprometterne l'operatività (v. principle n. 6). Sul punto v. anche G. BOCCUZZI, *Il regime*, cit., 371.

⁷² V., *infra*, § 8.

⁷³ V. nuovo art. 17 statuto Fitd.

⁷⁴ V. punto 117.

spettava la decisione di intervento⁷⁵, fosse composto solo da rappresentanti delle banche aderenti⁷⁶. L'intervento alternativo era stato dunque adottato in piena autonomia da tale organo⁷⁷, non avendo la Banca d'Italia alcun potere di voto in merito⁷⁸. Per altro, la presenza di rappresentanti della Banca d'Italia alle sedute del Consiglio era, a mio avviso, perfettamente in linea con i necessari flussi informativi che devono sussistere tra DGS e Vigilanza, per altro previsti, come visto, dalla stessa direttiva 49/2014⁷⁹.

Osservazioni diverse devono, invece, essere svolte con riferimento all'autorizzazione *ex art. 96 ter*, t.u.b. (vecchio testo). Secondo il Tribunale, il provvedimento era legittima espressione del «controllo di conformità della misura con il quadro normativo, a fini di vigilanza prudenziale», non potendo per altro la Banca d'Italia, «in alcun modo obbligare il Fitd a intervenire a sostegno di una banca in difficoltà»⁸⁰. Inoltre, intervenendo l'autorizzazione in un momento successivo alla delibera di intervento, non potevano ritenersi sussistenti, nel caso di specie, elementi di natura organica tali da dimostrare che il Fitd non potesse adottare la decisione contestata senza tener conto delle esigenze dei pubblici poteri e delle relative direttive⁸¹. Orbene, non vi è dubbio che sotto il profilo della

⁷⁵ V. art. 14 vecchio statuto e art. 15 nuovo statuto Fitd.

⁷⁶ V. art. 13 vecchio (e nuovo) statuto Fitd. Era ed è membro di diritto anche il Presidente dell'ABI.

⁷⁷ V. artt. 14 e 29, statuto Fitd (oggi artt. 15 e 35).

⁷⁸ Il vecchio art. 17, statuto del Fitd prevedeva che alle riunioni del Comitato di gestione (organo competente a deliberare sugli interventi *ex art. 19*) presenziasse un rappresentante della Banca d'Italia.

⁷⁹ Allo stesso modo, secondo il Tribunale (punto 126) l'intervento della Banca d'Italia nei negoziati tra il Fondo, la Popolare di Bari e il commissario straordinario di Tercas «è solo espressione di un dialogo legittimo e regolare con l'autorità di vigilanza, senza che quest'ultimo abbia avuto un impatto sulla decisione del FITD d'intervenire a favore della banca».

⁸⁰ V. punti 116 e 117.

⁸¹ V. caso C-482/99, *Stardust Marine*, cit., par. 55.

compatibilità con l'art. 41 Cost., il provvedimento autorizzatorio sia pienamente giustificabile in ragione dei motivi esposti dal Tribunale⁸². Per converso, analizzando l'autorizzazione alla luce della nozione di "imputabilità allo stato", mi pare che la stessa possa integrare un indizio del coinvolgimento dell'autorità pubblica condizionante la decisione di intervento⁸³. Difatti, non è possibile negare che senza l'autorizzazione, l'intervento non avrebbe potuto avere esecuzione. D'altro canto, l'autonomia decisionale nulla è se non accompagnata da conseguenti poteri esecutivi, in quanto attraverso l'autorizzazione, l'autorità competente ben potrebbe indirizzare l'attività del SDG in verso scelte più allineate alle esigenze della vigilanza rispetto agli interessi delle banche aderenti. La riforma del diritto italiano è stata dunque corretta sotto il profilo della compatibilità della autonomia decisionale ed esecutiva del Fitd con la disciplina degli aiuti di stato. In tal senso, dovranno muoversi tutti gli ordinamenti che prevedano poteri autorizzatori, se vorranno agevolmente utilizzare gli interventi alternativi.

Si potrebbe obiettare, al riguardo, che la direttiva 49/2014, pur avendo disciplinato molti aspetti organizzativi, non ha imposto una forma giuridica e un modello di *governance* dei SGD, se non per ciò che attiene all'*an* ed al *quantum* delle contribuzioni, alle modalità di controllo dei meccanismi operativi e al ribadito divieto di finanziamento tramite risorse pubbliche. Se questo è vero, è tuttavia non discutibile che la normativa sugli aiuti di stato vieta ogni forma di sostegno, effettuato con risorse pubbliche o meno, che determini un vantaggio concorrenziale ad una impresa

⁸² Sul rapporto tra l'autorizzazione agli interventi e l'art. 41 Cost. si consenta il rinvio a I. MECATTI, sub *art.* 96 ter, cit., 785 s.

⁸³ V. caso C-482/99, *Stardust Marine*, cit., punto 56; caso C-482/99, *Francia/Commissione*, punto 56.

piuttosto che ad un'altra (*selettività dell'aiuto*)⁸⁴; è innegabile che il sostegno ad una banca in crisi abbia carattere selettivo. A ciò si aggiunga che la valutazione del criterio del «minor onere», presupposto per l'attivazione degli interventi alternativi⁸⁵, comporta la considerazione di numerose variabili, anche potenzialmente esterne all'operare ed al controllo del SGD, quali «le implicazioni di “vigilanza”, o per meglio dire, valutazioni ulteriori rispetto a quello di puro contenuto economico, che potrebbero portare alla considerazione e valorizzazione di interessi prevalenti rispetto a quello della banche consorziate di “pagare il meno possibile” e, se si vuole, anche di eliminare un concorrente»⁸⁶. Da qui la necessità che i SDG siano organizzati in modo tale da impedire che i pubblici poteri possano veicolare le loro risorse, onde evitare che talune imprese bancarie godano di vantaggi (in termini di salvataggio) rispetto ad altre, per effetto di una decisione non imputabile al sistema bancario.

8. *La pubblicità delle risorse dei SDG: l'obbligo di adesione e contribuzione*

Il secondo elemento che la Commissione ha ritenuto rilevante è quello della pubblicità delle risorse attraverso le quali il Fitd ha attivato l'intervento. I contributi versati dalle banche aderenti, pur provenendo da soggetti privati, sarebbero qualificabili come “risorse statali” in ragione dell'obbligo di adesione e contribuzione al SDG imposto (dallo stato) sulle

⁸⁴ In tal senso v. caso T-499/10, *MOL v. Commissione*; caso T-351/02, *Deutsche Bahn v. Commissione*, punto 103 e giurisprudenza ivi citata.

⁸⁵ La direttiva 49/2014 prevede che l'impegno economico dell'intervento alternativo non possa superare i «costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale degli SGD» (art. 11, par. 3, lett. c). Su questo tema v., *infra*, § 10.

⁸⁶ Così S. MACCARONE, *I fondi di garanzia dei depositanti come strumento di vigilanza*, in *Dir. banca*, 2013, I, 434. L'Autore sottolinea che le implicazioni di vigilanza sono ancor più delicate nel caso di interventi di sostegno effettuati al di fuori di una procedura amministrata, come previsto dall'art. 35 dello statuto del Fgd.

banche⁸⁷. Il Tribunale, sul punto, si limita ad affermare che «l'obbligo dei membri del FITD di contribuire all'intervento deciso da quest'ultimo non ha quindi la propria origine in una disposizione normativa, come quando esso è specificamente incaricato dallo Stato della gestione dei contributi versati dai membri a titolo di garanzia legale dei depositi dei depositanti, ma in una disposizione statutaria, di natura privatistica, che salvaguarda l'autonomia decisionale dei membri del FITD»⁸⁸.

In verità, le cose non stavano e non stanno così. L'obbligo di adesione e contribuzione ai SDG è sempre stato imposto dal diritto della UE⁸⁹. Va però evidenziato che nel regime anteriore alla direttiva 49/2014, i SGD avevano maggiore autonomia nel disciplinare le modalità di contribuzione delle banche aderenti ⁹⁰. Pertanto, mentre le spese necessarie a funzionamento del Fitd erano somministrate annualmente dalle

⁸⁷ La rigidità della Commissione europea, in termini di pubblicità delle risorse dei sistemi di garanzia, è paradossalmente sfumata nella recente autorizzazione (*State aid: Commission concludes that recapitalisation of German NordLB is market conform*, Press Release, 5 dicembre 2019, su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684) del salvataggio della Nord LB tedesca, da parte della Bassa Sassonia e della Sassonia-Anhalt assieme alle casse di risparmio per un totale di 3,6 miliardi di euro. Trattasi, per altro, di una banca pubblica, così come pubbliche sono le banche che partecipano al sistema di garanzia istituzionale (*Institutional Protection Scheme of the Savings Banks Finance Group - S-Group*, istituito dal *Germany's Deposit Guarantee Act - Einlagensicherungsgesetz*, 3.7.2015) che ha partecipato al salvataggio. Sull'intervento del S-Group in favore di Nord LB v. C. CHOLET, *Does the support of an IPS constitute state aid?*, *EcoFlash*, 29 April 2019, su economic-research.bnpparibas.com.

⁸⁸ V. punto 154, sentenza. Il riferimento è all'art. 21 del vecchio statuto del Fitd, secondo il quale le risorse utilizzate per interventi del tipo di quello concesso a Tercas erano richieste dal Fondo e fornite *ad hoc* dai membri del consorzio.

⁸⁹ V. art. 4, commi 1 e 3, direttiva 49/2014 e, nel previgente regime, l'art. 3, co. 1, direttiva 94/19E. Oltre all'obbligo di istituire SDG si prevede che, in mancanza di adesione, nessun ente creditizio autorizzato ad operare in uno Stato membro possa accettare depositi.

⁹⁰ Gli assetti organizzativi e contributivi dei SGD non erano trattati dalla direttiva 94/19, la quale aveva lasciato agli stati membri ampia discrezionalità in materia. Da qui un elevato grado di eterogeneità delle modalità di contribuzione all'interno degli stati membri. Per un'analisi dei DGS vecchio ordinamento cfr. FITD, *L'assicurazione dei depositi nell'Unione Europea*, 2006, 45 ss., su fitd.it; J. NORTON - M. LASTRA - D. W. ARNER, *Legal Aspects of Deposit Protection Schemes: a Comparative Perspective*, *International Seminar on Legal and Regulatory Aspects on Financial Stability*, Basilea, 2001, 18 ss.

consorziate, lo statuto (art. 21) prevedeva che la liquidità necessaria per gli interventi (a prescindere dal tipo) fosse versata al momento dell'intervento, su espressa richiesta del sistema di garanzia. Le banche aderenti erano dunque obbligate a contribuire al Fitd, ma tale impegno era *condizionato* all'attivazione dell'intervento⁹¹. E' pertanto scorretto affermare, come fa il Tribunale, che le risorse destinate all'intervento alternativo a favore di Tercas non fossero dovute *a priori*, ma deliberate dal Fitd in base ad una disposizione statutaria. Difatti, le contribuzioni, andando a costituire le risorse del Fondo, non erano (e non sono) distinte in funzione del tipo di intervento (obbligatorio, alternativo). Quindi, non corrisponde al vero che l'obbligo di contribuzione imposto sulle consorziate derivasse da una previsione statutaria, in quanto trattavasi di imposizione derivante dalla legge nazionale ed europea. La differenza tra il regime previgente e quello attuale risiede esclusivamente nel fatto che *allora* gli interventi - diversi dal rimborso dei depositi - non erano regolati dalla direttiva 94/19, trattandosi di provvedimento di armonizzazione minima. Quindi, era compito del Fitd decidere se utilizzare le risorse per un intervento piuttosto che per un altro, ma l'obbligo di contribuzione era ontologicamente collegato all'adesione. Oggi, la direttiva 49/2014 disciplina gli interventi alternativi e le modalità di finanziamento dei SGD, imponendo che le banche versino *ex ante* i contributi⁹². Stante quindi l'obbligo di adesione e di contribuzione (in termini di *an* e *quantum*) posto in capo agli intermediari bancari, il Tribunale non ha di fatto dimostrato l'assenza del requisito della pubblicità delle

⁹¹ Il previgente art. 28, statuto Fgd, si esprimeva in termini di «mezzi che ciascuna consorziata può essere chiamata a somministrare», con ciò implicitamente ammettendo l'esistenza di un "impegno" piuttosto che un debito.

⁹² V. art. 10, direttiva 2014/49 e 21-25 statuto Fitd. In particolare, l'art. 21, comma 1, dello statuto, prevede che il Fitd costituisca entro il 3.7.2024 risorse finanziarie disponibili, fino al raggiungimento del livello-obiettivo pari allo 0,8% del totale dei depositi protetti, attraverso contribuzioni ordinarie delle banche aderenti.

risorse dei SDG.

A mio avviso, è proprio il punto di partenza del ragionamento della Commissione europea, in termini di equivalenza tra obbligo di adesione/contribuzione e pubblicità delle risorse dei SDG, a non convincere. Difatti, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il sostegno ad un'impresa è aiuto di stato quando provenga da un organismo «designato o istituito dallo stato»⁹³, allo scopo di gestire l'aiuto⁹⁴; da qui l'irrilevanza della provenienza privata delle risorse, atteso che ciò che rileva è appunto il vantaggio selettivo conseguente all'eterogestione delle stesse. Orbene, i SDG non sono organismi istituiti dallo stato per gestire aiuti alle banche in crisi, ma sono imposti dal diritto della UE per tutelare i depositanti⁹⁵ e per sostenere la risoluzione degli enti creditizi (interventi obbligatori)⁹⁶. Inoltre, «ove consentito dal diritto nazionale» le risorse dei SGD *possono* essere utilizzate «per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e altri effetti negativi» (interventi alternativi)⁹⁷. Dunque, i SGD non sono qualificabili come organismi istituiti dallo stato per la gestione di aiuti alle imprese bancarie in crisi. L'obbligo di adesione e contribuzione non è imputabile all'ordinamento italiano (così come a qualsiasi ordinamento di uno stato membro), ma deriva dal diritto della UE. Inoltre, l'utilizzo di risorse per gli interventi alternativi costituisce una facoltà riconosciuta dal diritto nazionale, ma a monte prevista dal diritto della UE. Tali caratteristiche escludono dunque che sussista aiuto di stato; e ciò non solo per la

⁹³ Caso C-345/02 *Pearle BV e altri*, cit., punto 34.

⁹⁴ *Italia v. Commissione*, cit., punto 11; C-482/99, *Stardust Marine*, cit., punto 23.

⁹⁵ V. considerando 14, direttiva 49/2014.

⁹⁶ Considerando 15, direttiva 49/2014.

⁹⁷ Considerando 16, direttiva 49/2014.

particolare disciplina dei SDG, ma soprattutto in base ai tradizionali principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia, in applicazione dell'art. 107 TFUE⁹⁸. E' dunque auspicabile che la sentenza sia sul punto riformat.

9. *Il mandato del Fitd*

L'ultimo punto da esaminare è quello del mandato del Fidt, ritenuto dalla Commissione coincidente con la tutela costituzionale del risparmio. La pubblicità del mandato conferito al FITD sarebbe confermata dall'art. 96 *ter* t.u.b., il quale prevede che la Banca d'Italia autorizzi gli interventi, «avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario». In altre parole, il dato normativo dimostrerebbe che tutti gli interventi alternativi tendono a tutelare i risparmiatori.

Il Tribunale prende le distanze da tale impostazione, distinguendo tra interventi obbligatori e alternativi: solo il rimborso dei depositanti (entro il limite di 100 000 euro) in caso di l.c.a. di una consorziata, rispecchia il mandato istituzionale del sistema di garanzia⁹⁹; al di fuori di tale ambito, «il FITD non agisce in esecuzione di un mandato pubblico imposto dalla normativa italiana»¹⁰⁰, ma nell'esclusivo interesse dei consorziati di «evitare le conseguenze economiche più onerose di un rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa»¹⁰¹. La sentenza è sul punto condivisibile. La normativa europea disciplina gli interventi obbligatori,

⁹⁸ Una misura non è imputabile se lo stato membro ha l'obbligo di applicarla in base al diritto dell'Unione senza alcun potere discrezionale (causa C-460/07, *Sandra Puffer*, par. 69; causa T-351/02, *Deutsche Bahn AG/Commissione*, punto 102).

⁹⁹ E' stato correttamente evidenziato (S. MACCARONE, *La sentenza*, cit., 23) che «l'apprestamento di una tutela pur importante come quella offerta dai fondi di garanzia dei depositi non esaurisce la tutela del risparmio, in quanto i depositi protetti rappresentano mediamente una percentuale intorno al 67% dell'ammontare complessivo dei depositi bancari eligibile per il rimborso».

¹⁰⁰ V. punto 101.

¹⁰¹ V. punto 97.

lasciando agli stati membri la facoltà di prevedere interventi alternativi¹⁰². L'ordinamento italiano dispone nel medesimo senso: l'art. 96 *bis*, t.u.b., prevede l'obbligo di rimborso in sede di l.c.a. (comma 1 *bis*, a) e di contribuzione al finanziamento della risoluzione (comma 1 *bis*, b) e, solo «se previsto dallo statuto», l'intervento in operazioni di cessione aggregata (comma 1 *bis*, c) e l'attivazione di interventi volti a «superare lo stato di dissesto o rischio di dissesto» di cui all'art. 17, comma 1, lett. a, d.lgs n. 180/2015 (comma 1 *bis*, d). Dunque, la normativa italiana non obbliga affatto il Fitd, né nessun altro SDG a prevedere la possibilità di effettuare interventi alternativi. Essa non disciplina neppure le modalità di siffatti interventi.

E' possibile dunque distinguere tra un mandato istituzionale (rimborso dei depositi/finanziamento della risoluzione) e un mandato facoltativo (*rectius* contrattuale), liberamente opzionabile dall'autonomia statutaria. Il Fitd ha dunque esercitato una legittima facoltà, prevenendo gli interventi alternativi e, in tale contesto, rispettando il *financial cap* e le regole procedurali imposte - in caso di attivazione dell'opzione - dall'art. 11, direttiva 2014/49. E proprio la determinazione del «minor onere» rispetto «al costo che il Fondo dovrebbe sostenere per effettuare altri interventi previsti dallo Statuto»¹⁰³, dimostra che gli interventi alternativi devono perseguire l'interesse delle consorziate a subire costi inferiori

¹⁰² V. art. 11, par. 1-2, direttiva 49/2014. La regola è più flessibile rispetto a quella indicata (principle n. 9) dallo Iadi (*IADI Core Principles*, cit., 30) secondo la quale «contributions are restricted to the costs the deposit insurer would otherwise have incurred in a payout of insured depositors in a liquidation net of expected recoveries». Negli USA, dove la regola assume la forma del *least cost test*, per procedere all'intervento alternativo, è necessario dimostrare il minor costo rispetto a tutte le alternative possibili (risoluzione, liquidazione, *payout*). Sul sistema americano v. P. BAUDINO, A. GAGLIANO, E. RULLI, R. WALTERS, *How to manage failures of non-systemic banks?*, cit., 12 s.

¹⁰³ Art. 35, comma 4, statuto Fitd. La norma precisa altresì che «A tal fine il Fondo considera anche gli effetti che la liquidazione coatta della banca potrebbe determinare sulle altre banche in crisi e sul sistema in generale».

rispetto al rimborso dei depositi, ma al contempo, contribuiscono anche al «potenziamento della sicurezza dei depositi e alla tutela della reputazione del sistema bancario»¹⁰⁴.

10. *Brevi cenni in tema di criterio del minor onere e super priority rule*

Il discorso sin qui svolto potrebbe essere del tutto inutile se, come ipotizzato da alcuni¹⁰⁵, i SDG non potessero utilizzare gli interventi alternativi, per effetto del combinato disposto della regola del minor onere con quella della c.d. *super priority rule*. Mi spiego meglio.

Quando il SDG valuta il minor onere, rispetto ai «costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale degli SGD»¹⁰⁶, deve rapportare il costo dell'intervento alternativo¹⁰⁷ a quello del rimborso dei

¹⁰⁴ V. punto 98, sentenza. Il fatto che, in certi casi, gli obiettivi di interesse generale collimino con l'interesse degli enti privati – quali un consorzio di diritto privato, come nella fattispecie – non fornisce, di per sé, alcuna indicazione circa l'eventuale coinvolgimento o assenza di coinvolgimento dei poteri pubblici (v. caso C-472/15, *SACE e Sace BT/Commissione*, punto 26).

¹⁰⁵ V. in tal senso A. M. BENTIVENGA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie*, cit., 53 ss.; S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference*, cit., 21; A. DE ALDISIO – G. ALOIA – A. BENTIVENGA A. GAGLIANO – E. GIORGIANTONIO – C. LANFRANCHI – M. MALTESE, *Towards a frame work*, cit., 21; P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M. FERNÁNDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management – the role of deposit insurance*, cit., 16 s.

¹⁰⁶ V. art. 11, par. 3, lett. c).

¹⁰⁷ La nozione di *least cost* è diversa, a seconda che si tratti di interventi alternativi fuori della liquidazione o all'interno della stessa. Per questi ultimi, la direttiva 49/2014 (art. 11, comma 3, lett. c), prevede che «i costi sopportati (...) non superino l'importo netto dell'indennizzo dei depositanti coperti presso l'ente creditizio interessato». Lo statuto del Fitd specifica che l'impegno non può essere superiore al «costo che il Fondo dovrebbe sostenere per il rimborso dei depositanti, secondo quanto ragionevolmente prevedibile in base alle informazioni disponibili al momento dell'intervento» e che debbano in ogni caso considerarsi anche «gli effetti che la liquidazione coatta della banca potrebbe determinare sulle altre banche in crisi e sul sistema in generale» (artt. 34 e 35, comma 4). La diversità di disciplina è coerente con il differente momento in cui le due modalità di intervento sono attivate; il primo, quando è ripristinabile il *going concern*, il secondo, quando l'apertura della procedura di insolvenza ha già prodotto gran parte dei pregiudizi che gli interventi preventivi mirano appunto ad evitare; in tal senso è corretto prevedere che il costo della misura «altra/e» rispetto al rimborso dei depositi sia ragguagliato direttamente all'onere che deriverebbe da quest'ultimo» (così S. MACCARONE, *La sentenza*, cit., 27).

depositi nell'ambito della procedura liquidatoria di insolvenza. In tale ambito, la direttiva 49/2014¹⁰⁸ riconosce al SGD, che abbia rimborsato i depositi, il diritto di subentrare nella posizione dei depositanti nell'ambito dei procedimenti di liquidazione o riorganizzazione per un importo pari alle somme pagate¹⁰⁹. Il nuovo art. 108 BRRD, inoltre, attribuisce e ai depositanti una posizione di antergazione rispetto agli altri creditori (c.d. *super priority rule*). In sostanza, i SGD che rimborsano i "depositanti protetti", subentrando nei diritti dei soggetti rimborsati, sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri creditori chirografari, collocandosi subito dopo i privilegiati. La combinazione delle due regole, potrebbe mettere in discussione la stretta convenienza economica (minor onere) del ricorso a strumenti alternativi di (prevenzione e) composizione delle situazioni di crisi, rispetto al rimborso dei depositi¹¹⁰. Qualora così fosse, l'intervento alternativo non avrebbe mai possibilità di essere attivato.

Orbene, rispetto al testo della direttiva 49/2014, lo statuto del Fitd specifica che l'impegno dell'intervento alternativo non può essere superiore al «costo che il Fondo dovrebbe sostenere per il rimborso dei depositanti, secondo quanto ragionevolmente prevedibile in base alle informazioni disponibili al momento dell'intervento»¹¹¹; si prevede inoltre che debbano

¹⁰⁸ V. art. 9, co. 2, prima parte.

¹⁰⁹ V. art. 9, co. 2, prima parte, direttiva 49/2014. La norma "rinnova" quella analoga (art. 11) contenuta nella direttiva 94/19.

¹¹⁰ V. in tal senso A. M. BENTIVENGA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia di risanamento e risoluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, 40 ss.; S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Riv. dir. banc.*, 6/2016, 21, su diritto.bancario.it;

A. DE ALDISIO - G. ALOIA - A. BENTIVEGNA A. GAGLIANO - E. GIORGIANTONIO - C. LANFRANCHI - M. MALTESE, *Towards a frame work*, cit., 21; P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M. FERNÁNDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management - the role of deposit insurance*, cit., 16 s.

¹¹¹ V. art. 34, statuto Fitd.

considerarsi anche «gli effetti che la liquidazione coatta della banca potrebbe determinare sulle altre banche in crisi e sul sistema in generale»¹¹². E' evidente che l'introduzione di tali parametri attribuisce al Fondo un margine di discrezionalità più ampio, rispetto al calcolo differenziale tra il costo (attuale) dell'intervento alternativo, e quello eventuale e successivo del rimborso dei depositi, al netto di eventuali recuperi in sede di l.c.a. Le norme statutarie, in sostanza, agevolano il ricorso agli interventi alternativi¹¹³. E' necessario dunque chiedersi se la disciplina statutaria sia legittima alla luce della normativa UE. La risposta deve essere positiva. Il considerando 16 della direttiva 49/2014 prevede espressamente che i Fondi «dovrebbero poter andare oltre alla mera funzione di rimborso e utilizzare i mezzi finanziari disponibili per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e gli altri effetti negativi»; si aggiunge poi che «i costi delle misure adottate per evitare il fallimento di un ente creditizio non dovrebbero superare i costi di adempimento dei mandati statutari e contrattuali del rispettivo SDG, per quanto riguarda la protezione dei depositi coperti presso l'ente creditizio». Dal testo della direttiva si evince dunque chiaramente che il «meccanismo di calcolo» del minor onere non può limitarsi alla differenza matematica tra il costo dell'intervento preventivo e il costo presunto del rimborso dei depositi, alla

¹¹² V. artt. 34 e 35, comma 4, statuto Fitd. V. anche artt. 33 e 35 statuto Fgd.

¹¹³ Non è un caso infatti che il Fitd, sulla scia della sentenza Tercas, abbia recentemente deliberato un intervento alternativo in favore di banca Carige (v. BANCA CARIGE, press release 3.12.19, *Consob approva il prospetto informativo relativo all'operazione di aumento di capitale di Banca Carige s.p.a. Avvenuta pubblicazione del prospetto informativo e del Kid su "warrant banca carige s.p.a. 2020-2022"*, su gruppocarige.it). Inoltre, al momento in cui si scrive, si prospetta un intervento alternativo del Fitd in favore della Banca popolare di Bari sottoposta ad a.s. in data 13.12.2019, nell'ambito del d.l. n. 142/2019 (v. Dossier Camera, *Misure urgenti per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento*, dicembre 2019, su temi.camera.it)

luce dei recuperi dalla liquidazione»¹¹⁴. Diversamente, non avrebbe senso il riferimento all'adempimento dei «mandati statutari e contrattuali». Tali mandati corrispondo, come visto, a quello legale, rappresentato dagli interventi obbligatori, a quello negoziale, nascente dal contratto di consorzio, che ha a oggetto la tutela della reputazione del settore bancario nel suo complesso e lo scopo di impedire il verificarsi dei danni collaterali connessi alla liquidazione di una banca aderente. Il calcolo del minor onere può - e a mio avviso deve - tener conto degli uni e degli altri oneri, perché entrambi sono costi e pregiudizi che si producono (*rectius* produrrebbero, trattandosi di una valutazione prognostica) ¹¹⁵ nel caso in cui il provvedimento preventivo (ferme restando le altre condizioni) non venisse realizzato.

11. Conclusioni

Volendo tirare le fila del discorso che mi sono proposta di svolgere, affinché i SDG possano utilizzare liberamente gli interventi alternativi, è necessario innanzi tutto che, abbiano *natura privata*. Il modello privatistico

¹¹⁴ Si tratterebbe, ad ogni modo, di una valutazione meramente prognostica e di difficile determinazione, in considerazione delle numerose variabili che possono incidere sulla gestione della liquidazione concorsuale. Analoghe problematiche si pongono nella risoluzione, quanto alla valutazione del *no creditor worse off* (v. artt. 22, comma 1, lett. c) e 24, comma 5, d.lgs. 180/2015, con la differenza che in quella sede esiste un meccanismo di salvaguardia (art. 89, d.lgs. 180/2015), assente invece per le banche non sottoponibili a risoluzione. Evidenziano le difficoltà di tale valutazione P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M. FERNANDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management - the role of deposit insurance*, cit., 13 s.

¹¹⁵ V. nota precedente.

è quello in cui meglio può esplicarsi l'autonomia decisionale ed esecutiva¹¹⁶ – *conditio sine qua non* per escludere l'imputabilità allo stato. Inoltre, sotto il profilo dell'efficienza, il modello privato è atto a prevenire il *moral hazard*¹¹⁷, derivante dall'affidamento sull'intervento pubblico. E' altresì necessario che sia eliminata ogni forma di autorizzazione – preventiva o successiva – agli interventi alternativi, da parte di pubblici poteri, in quanto

¹¹⁶ Secondo la Corte di Giustizia (causa C-677/11 *Doux Elevage*, cit.), gli interventi disposti da un ente privato, effettuati mediante somme raccolte dai propri membri per finalità private, stabilite in autonomia a beneficio degli stessi, e non implicanti alcun onere (o rinuncia a risorse) da parte dello stato, non presentano i caratteri dell'aiuto di stato. Ciò, peraltro, anche qualora l'ente erogatore sia soggetto a forme di riconoscimento pubblico e la contribuzione sia stata resa obbligatoria da atti di enti pubblici, se la pubblica autorità non dispone di alcun potere di direzione e indirizzo circa le modalità di amministrazione dei fondi, limitandosi, piuttosto, a un mero controllo di regolarità e legittimità.

¹¹⁷ La scelta tra il modello privatistico e pubblicistico non è priva di conseguenze. La letteratura sembra sostanzialmente preferire la soluzione pubblica, rispetto ad un'ipotesi di tutela offerta dal settore privato (D. W. DIAMOND, P. H. DYBVIK, *Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity*, in *Journal of Political Economy*, 1983, 91, 401 ss.). Le motivazioni di tale preferenza riguardano essenzialmente la necessità di mantenere credibile nel tempo l'impegno di rimborso dei depositi tutelati. Infatti, se un fondo di tutela è pubblico o comunque sottoposto al controllo di un'autorità pubblica, esso è in grado di garantire illimitatamente il proprio impegno al rimborso. Proprio la maggiore certezza del rimborso induce il depositante a non partecipare al run e quindi a prevenire l'intervento dell'ente di tutela pubblica. Il rovescio della medaglia (T. L. HOGAN, W. J. LUTHER, *The explicit costs of Government Deposit Insurance*, in *Cato Journal*, Vol. 34, No. 1, 2014, 165 ss.; T. L. HOGAN, K. JHONSON, *Alternatives to the Deposit Insurance Corporation*, in *The Independent Review*, Vol. 20, No. 3, Winter 2016, 433 ss.), è costituito dal fatto che un sistema di tal genere incrementa il *moral hazard* ed è incompatibile con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato e con il principio del *burden sharing*. Al contrario, un SDG privato e distaccato rispetto all'apparato di vigilanza, permette di individuare un soggetto direttamente responsabile della tutela dei depositanti e quindi prevenire il sorgere anche di mere aspettative di intervento statale in caso di crisi (WORLD BANK GROUP, *Bank Regulation and Supervision after the Global Financial Crisis*, cit., 60 s.). Sulle modalità di prevenzione del *moral hazard* scaturente dai SGD cfr. anche A. DEMIRGÜÇ-KUNT, E. J. KANE, *Deposit insurance around the globe: where does it work?*, in *Journal of Economic Perspectives* 16(2), February 2002, 175 ss.; D. ANGINER, A. DEMIRGÜÇ-KUNT, M. ZHU, *How does deposit insurance affect bank risk? Evidence from the recent crisis*, in *Journal of Banking & Finance*, 48, 2004, 312 ss.; F. ALLEN, E. CARLETTI, I. GOLDSTEIN, A. LEONELLO, *Moral hazard and Government Guarantees in the Banking Industry*, *Journal of Financial Regulation*, Vol. 1, Issue 1, March 2015, 30 ss.; D. ANGINER, A. DEMIRGÜÇ-KUNT, *Bank Runs and Moral Hazard A Review of Deposit Insurance*, World Bank Group, *Policy Research Working Paper 8589*, September 2018, 2 ss., su <https://pdfs.semanticscholar.org/28e2/4c61113aa6dc8787846f3b4bd4b8c40aea9b.pdf>; D. ANGINER, A.C. BERTAY, *Deposit Insurance Design and Institutional Environment*, 2019, Spring Vol. 17, 7.

condizionante l'adozione e/o l'esecuzione dell'intervento e, come tale, incidente sull'autonomia decisionale dei SDG. Va in ogni caso tenuto in mente il fatto che l'intervento dell'autorità di vigilanza/risoluzione non può essere del tutto escluso, essendo ontologicamente necessario ai fini della gestione delle crisi bancarie e, di fatto, imposto dal diritto della UE¹¹⁸.

Quanto alle risorse funzionali agli interventi, a mio avviso l'obbligo di adesione e contribuzione non rappresentano "indizi" della eterodirezione da parte di pubblici poteri, in quanto, da un lato, si tratta di obbligazioni imposte dal diritto della UE e, dall'altro, costituiscono regole essenziali per l'efficiente gestione e funzionamento dei SDG¹¹⁹.

Per ciò che attiene, infine al mandato, è cruciale che i SDG organizzino i propri statuti esplicitando quello istituzionale e quello contrattuale e, in questa seconda ipotesi, utilizzino la facoltà prevista dalla direttiva 2014/49, di optare per interventi alternativi, ampliando i parametri di valutazione del criterio del minor onere, onde non incorrere negli ostacoli derivanti dalla *super priority rule*.

¹¹⁸ V. art. 11, direttiva 2014/49/UE, secondo il quale, qualora gli SDG intendano procedere con interventi volontari, devono consultarsi con «l'autorità di risoluzione e l'autorità competente in merito alle misure e alle condizioni imposte all'ente creditizio»; inoltre, gli interventi volontari non possono essere attivati «qualora l'autorità competente, sentita l'autorità di risoluzione, ritenga che sussistano le condizioni per un'azione di risoluzione».

¹¹⁹ Sul funding dei SDG v. ampiamente, J. P. NOLTE, I. Z. KHAN, *Deposit insurance systems: addressing emerging challenges in funding, investment, risk-based contributions and stress testing*, World Bank Group, November 2017, 3 ss., su worldbank.org; P. BAUDINO, R. DEFINA, J.M. FERNÁNDEZ REAL, K. HAJRA, R. WALTERS, *Bank failure management*, cit., 21 ss.; IADI, *Core Principles*, cit., 26 ss.; EBA, *Guidelines on methods for calculating contributions to Deposit Guarantee Schemes*, EBA/GL/2015/10, 2015, su eba.europa.eu.