

Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di stato nella crisi: ruolo e scelte della commissione nel settore bancario

di Allegra Canepa

15 luglio 2016

SOMMARIO: 1. “Alla ricerca della giusta via”: crisi finanziaria e difficoltà di intervento fra tutela della concorrenza e divieto di aiuti di stato – 2. Flessibilità vs approvazione di regole limitative della concorrenza: necessità e difficoltà di una scelta – 3. Alla ricerca di una sistematizzazione degli interventi: natura e struttura delle regole adottate – 3.1. *La definizione di una procedura di emergenza e la delega di poteri al Commissario per la concorrenza* – 3.2. *Vantaggi e rischi dell'assetto delineato* – 4. La base giuridica per gli interventi di aiuti e il nodo della tutela della concorrenza – 5. Lo strumento delle “Comunicazioni” fra efficacia e discrezionalità – 6. Le scelte della Commissione e la loro adeguatezza nel settore bancario – 7. Qualche riflessione conclusiva

1. “Alla ricerca della giusta via”: crisi finanziaria e difficoltà di intervento fra tutela della concorrenza e divieto di aiuti di stato

Negli ultimi anni l'Unione Europea ha deciso di introdurre nuove regole per contrastare gli effetti della recente crisi economico-finanziaria ed ha utilizzato alcune di quelle esistenti “flessibilizzandole”. Ciò si è reso necessario per rafforzare la resilienza del sistema finanziario e in generale per salvaguardare il mercato unico¹.

Si è assistito così ad un profondo ripensamento della regolazione dell'intero settore economico-finanziario che è passato da una “essenziale” *self-regulation*² ad interventi di *public regulation* che hanno interessato sia la *governance* che il funzionamento dell'intero sistema economico-finanziario. Ciò ha significato in sintesi l'introduzione di nuove autorità di vigilanza, di nuove regole per un maggiore controllo delle finanze degli Stati ed infine una rivisitazione di alcune di quelle esistenti fra le quali anche uno dei capisaldi della costruzione del mercato comune come il divieto di aiuti di stato.

Il risultato, in particolare per quanto concerne le misure sul funzionamento del sistema economico-finanziario, è un mix di azioni caratterizzate quantomeno in una prima fase da una spinta emergenziale e da una tendenza ad agire secondo un meccanismo incrementale³.

¹ Sulla richiesta di flessibilità delle regole durante la crisi si veda in particolare F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'Ue dopo la crisi*, UTET, Torino, 2014, 121 ss.

² In particolare per una ricostruzione delle possibili cause che hanno determinato un mancato funzionamento della *self-regulation* nel settore finanziario si veda T.S. UMLAUFT, *Regulators' Irrational Rationality and Bankers' Rational Irrationality: Too big to fail, self-regulation, Moral hazard and the Global financial crisis, 2007-2009*, 25 marzo 2015, rep. sul sito ssrn.com.

³ Per una ricostruzione dei provvedimenti adottati durante la crisi ed una loro prima classificazione si consenta il rinvio a A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una*

Una simile risposta è stata dettata da tre fattori: l'inaspettata gravità della crisi, la difficoltà di azione in una situazione di carenza informativa sugli sviluppi ed effetti della crisi nel breve e nel lungo periodo e la forte aspettativa/pressione esercitata dell'opinione pubblica⁴. Quest'ultima generata da una diffusa percezione di crescente distanza fra richiesta di intervento e capacità delle istituzioni di darvi risposta⁵.

In realtà soprattutto in una prima fase le "risposte" date o per meglio dire le misure assunte scontano l'assenza di un'adeguata base informativa sulla gravità e la possibile durata della crisi tanto che si potrebbe parlare di una sorta di "regolazione al buio". Tale situazione di "profonda incertezza" ha determinato una diversificazione delle risposte ed una differenziazione fra interventi nuovi, e cioè nuovi provvedimenti adottati, e interventi "innovativi" basati su una "rivisitazione" delle regole esistenti.

Un esempio di questa seconda categoria è offerto dagli interventi di sostegno alle banche e dal ricorso agli aiuti di stato. La scelta di soffermarsi su di essi non è casuale perchè questo intervento, oltre alla richiamata applicazione flessibile, permette di osservare l'evoluzione della crisi ed il passaggio da interventi emergenziali ad altri "meno emergenziali".

Si tratta di due questioni fra loro collegate e che presentano numerose altre implicazioni degne di analisi quale il ruolo esercitato dalla Commissione e il suo possibile consolidamento, il bilanciamento di interessi sotteso alle scelte effettuate, il ricorso a strumenti di soft law, l'efficacia degli interventi delineati, le possibili conseguenze sulle regole esistenti.

Proprio a quest'ultimo punto si collegano anche questioni di tipo più generale sulle quali si cercherà di riflettere in sede di conclusioni e che riguardano l'efficacia del ricorso alla flessibilizzazione e soprattutto la nuova centralità assunta dall'intervento statale ed in particolare dal ricorso alle risorse pubbliche (oltre agli aiuti basti pensare alle misure di nazionalizzazione e di sostegno per la crisi dei debiti sovrani⁶) e la sua possibile "fisionomia" nel post-crisi.

2. Flessibilità vs approvazione di regole limitative della concorrenza: necessità e difficoltà di una scelta

Prima di entrare nel merito della "flessibilizzazione" delle regole in materia aiuti può essere utile cercare di capire quali sono state le ragioni che hanno indotto a procedere per questa "strada" e le implicazioni che ne sono conseguite. Infatti, anche

prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria, Rivista AIC, n.1/2015, 20 febbraio 2015.

⁴ Si veda in particolare R. ROMANO, *Regulating in the dark*, in C. COGLIANESE, *Regulatory breakdown: the crisis of confidence in U.S. Regulation*, University of Pennsylvania Press, 2012 e rep. anche sul sito ssrn.com e L. TORCHIA, *Stati e mercati alla soglie del terzo millennio*, rep. sul sito irpa.eu.

⁵ E' interessante ricordare come M. Cammelli e F. Zuelli facessero riferimento ad una particolare accezione di recessione come elemento in grado di "allargare la distanza fra domanda espressa dai diversi gruppi sociali e capacità delle istituzioni di darvi risposta". M. CAMMELLI (a cura di), *Le istituzioni nella recessione*, Il Mulino, Bologna, 1984, p.241.

⁶ Sul punto in particolare D. SINISCALCO, *Governi alle porte. Crisi del credito e fondi sovrani*, in *Merc. Conc. Reg.* 2008, p. 75 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento ed assetti istituzionali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, p.1083 ss. e L. TORCHIA, *Stati e mercati*, op. cit. , p.5.

se ad un primo esame potrebbe risultare paradossale, proprio la decisione di interpretare in modo più flessibile regole come il divieto di aiuti di stato per sostenere le banche, è risultata funzionale a salvaguardare la concorrenza diversamente da quanto avvenuto in passato. In questo senso il primo esempio che viene alla mente è la crisi profonda verificatasi nel 1929 che, pur assimilabile solo in parte a quella attuale, vide l'adozione di misure che determinarono una sostanziale "sospensione" delle regole di concorrenza. Tale scelta non diede gli effetti sperati visto che le valutazioni effettuate ex-post hanno evidenziato come l'introduzione di misure con effetti anti-concorrenziali in momenti di grave crisi, anche se temporanei, non solo non favorisce il superamento della crisi ma probabilmente contribuisce al suo prolungamento⁷

In questo senso, pur non essendo l'unico elemento, "la lezione che viene dalla storia" ha fatto propendere per la flessibilità piuttosto che per l'adozione di regole limitative o sospensive della concorrenza.

L'opportunità di ricorrere alla flessibilità in materia di aiuti come salvaguardia per le regole di concorrenza è espressamente richiamato dallo stesso Consiglio Europeo. Si afferma infatti come "*In the current exceptional circumstances, European rules must continue to be implemented in a way that meets the need for speedy and flexible action. The European Council supports the Commission's implementation, in this spirit, of the rules on competition policy, particularly State aids, while continuing to apply the principles of the single market and the system of State aids*"⁸. Da notare che proprio la scelta di procedere in modo rapido e flessibile ha fatto sì che non si ricorresse nel caso di specie alle previsioni degli art.108 e 109 che consentono di derogare all'ordinaria procedura in categorie di aiuti definite dalla Commissione insieme al Consiglio.

Nel caso europeo pertanto la scelta fatta si configura, se vogliamo, come naturale rispetto al passato e funzionale ad una maggior tutela del mercato unico⁹. Le motivazioni a sostegno di tale decisione vengono bene evidenziate nel documento della Commissione relativo al salvataggio delle banche spagnole¹⁰ dove si fa riferimento a: 1) necessità di salvaguardare il mercato unico 2) necessità di favorire la ripresa economica 3) tutela dei contribuenti. Il riferimento a quest'ultimo punto è particolarmente interessante perché richiamato con minore frequenza nelle azioni intraprese durante la crisi.

⁷ Il riferimento in particolare è alla crisi del 1929 ed agli effetti prodotti dalla legislazione anti-competitiva del *New Deal* (come il *National Industrial Recovery Act* - NIRA). La questione è molto discussa anche alla luce dell'attuale situazione, frag li altri: G. HANNSGEN, D.B. PAPADIMITRIOU, *Lesson from New Deal: Did the New Deal Prolong or Worsen the Great Depression?*, Working Paper, Levy Economics Institute, ottobre 2009, rep. sul sito ssrn.com; D.A. CRANE, *Did We Avoid Historical Failures of Antitrust Enforcement During the 2008-09 Financial Crisis?*, Law & Economics Working paper, University of Michigan, 25-05-2010; I. HASAN, M. MARINC, *Should competition policy in banking be amended during crisis? Lessons from UE*, Eur. Journ. Law Econ., 2013, 1 ss.; A.J. MEESE, *Competition Policy and the Great Depression: Lessons Learned and a New Way Forward*, Maggio 2014, rep. sul sito ssrn.com.

⁸ European Council, Presidency Conclusion, doc.14368/08 del 15-16 ottobre 2008, rep. sul sito del Consiglio.

⁹ E' la stessa Commissione nel 2012 ad evidenziare come la non sospensione del divieto di aiuti potesse rappresentare una maggiore tutela del mercato unico. Si veda European Commission, MEMO/12/918 del 28 novembre 2012.

¹⁰ European Commission, *State aid: recapitalisation of Spanish bank – the Commission's role under Eu state aid control*, MEMO/12/918, 28 novembre 2012.

Nonostante questi elementi la scelta fatta si presenta come sperimentale e senza certezze iniziali di maggiore efficacia. Ciò significa che deve essere valutata tenendo conto del bilanciamento di obiettivi effettuato, degli effetti generati sull'assetto istituzionale ed infine delle conseguenze economiche prodotte. Ovviamente l'ultimo aspetto è il più difficile da stimare in questo momento visto che le misure sono di recente adozione e la crisi è in ancora in atto.

3. Alla ricerca di una sistematizzazione degli interventi: natura e struttura delle regole adottate

Nell'esame del ricorso agli aiuti di stato durante la crisi ci si soffermerà in primo luogo sulla natura e struttura delle regole adottate nonché sulle loro finalità e gli effetti che hanno determinato.

L'esame relativo alla natura delle regole richiede l'indagine di due aspetti e cioè la tipologia degli interventi (inquadabili come di tipo "emergenziale" o "post-emergenziale") e come possano essere qualificati giuridicamente.

La distinzione fra "emergenziale" e "post-emergenziale" potrebbe far pensare ad una suddivisione fra la situazione di emergenza ed il suo superamento ma in questo caso verrà utilizzata per distinguere due fasi della crisi: una iniziale nella quale sono state assunte singole decisioni a fronte dei primi problemi di alcune banche e quella nella quale sono state adottate misure definibili "di sistema" (le c.d. comunicazioni sulle banche) e dirette alla generalità degli istituti.

Infatti fra il settembre 2007 ed il settembre 2008 la Commissione ha adottato sei decisioni "singole" di autorizzazione (nello specifico relative alle banche *Northern Rock*, *West LB*, *Sachsen LB*, *Roskilde Bank*, *Bredford & Bingley*, *Hypo Real Estate Holding Ag*¹¹) facendo riferimento alle linee guida relative alle imprese in difficoltà¹². In questi casi le banche vengono ricondotte ad imprese in difficoltà e devono dimostrare di rispettare le condizioni previste ed in particolare di rientrare nell'applicazione del principio di "aiuto una tantum"¹³. E' da notare però che il sostegno viene garantito facendo ricorso a diversi meccanismi quali la garanzia sui depositi (*Northern Rock*)¹⁴, l'apertura di una sorta di linea di credito (*Sachsen LB*), la

¹¹ Si tratta di: 1) Decisione della Commissione del 5 dicembre 2007, caso NN 70/2007 (ex. CP 269/07) – United Kingdom Rescue aid to Northern Rock, C(2007) 6127 final; 2) decisione del 30 aprile 2008, caso NN 25/2008 (ex. CP 15/08) – West LB riskshield, Germany C(2008)1629 final; 3) decisione del 4 giugno 2008, caso C 9/2008 (ex. NN 8/2008, CP 244/2007) – Sachsen LB Germany, C(2008)2269 final; 4) decisione del 31 luglio 2008, caso NN36/20085, Denmark/Roskilde Bank A/S, C(2008)4138; 5) decisione del 1 ottobre 2008, caso NN41/2008, UK/Rescue Aid Bradford & Bingley, C(2008)5673 final; 6) decisione del 2 ottobre 2008, caso N44/2008, Hypo Real Estate Holding Ag, 2008, OJ C293/1.

¹² Communication from the Commission Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring of firms in difficulty, 2004/C244/02, OJ 2004 C 244, 1 October 2004.

¹³ Si veda ad es. la decisione del 1 ottobre 2008, caso NN41/2008, cit., p. 22. Va ricordato come gli orientamenti prevedessero un periodo uniforme di 10 anni durante il quale l'impresa beneficiaria non può ricevere alcun aiuto supplementare per il salvataggio o la ristrutturazione. Il principio mira ad evitare il ripetuto ricorso ad aiuti per mantenere artificialmente in attività imprese non più in grado di rimanere sul mercato.

¹⁴ E' interessante ricordare come nel caso inglese proprio a seguito del caso Northern Rock ci sia stata una rivalutazione degli strumenti di intervento con il ricorso allo *Special Liquidity Scheme*

garanzia sulle emissioni di una società veicolo (West LB), una urgente iniezione di capitale (*Bradford & Bingley*)¹⁵. Proprio la complessità di una valutazione di questo tipo, collegata all'aggravarsi della crisi, all'aumento del numero dei casi da valutare ed al rischio di disparità di trattamento, determina un cambiamento di rotta. Tale aspetto risulta ancor più evidente se si considera che proprio nel settembre 2008 l'Irlanda era intervenuta unilateralmente a sostegno delle sue banche con un'azione di "unilateral guarantee of bank deposits"¹⁶.

Per tali motivi la decisione è quella di introdurre un "pacchetto" di comunicazioni in un arco temporale ristretto (quattro solo fra ottobre 2008 e luglio 2009¹⁷) dirette ad individuare il quadro degli interventi ammissibili nel settore

(SLS) basato sostanzialmente sulla concessione in prestito di titoli di stato per un periodo predeterminato in cambio asset patrimoniali illiquidi posseduti dagli istituti finanziari.

In precedenza la Bank of England aveva agito come *Lender of Last Resort* (LOLR) utilizzando stanziamenti appositamente previsti in bilancio per garantire la liquidità necessaria (*Emergency Liquidity Assistance* – ELA) alle banche in difficoltà. Il ricorso all'ELA è stato poi ulteriormente ridotto con lo *Special Resolution Regime* (SRR) che consente di compiere un'attenta valutazione che può determinare la decisione di non sostenere un istituto in difficoltà. Sul punto in particolare I. PLENDERLEITH, *Review of the Bank of England's provision of emergency liquidity assistance in 2008-2009*, October 2012, rep. sul sito www.bankofengland.co.uk/publications.

Sull'evoluzione del ruolo svolto dalla Bank of England e gli interventi attuati durante la crisi per sostenere le banche si vedano D. SINGH, *U.K. approach to financial crisis management*, *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2011, 872 ss.; D. TOSI, *Crisi economico-finanziaria e Stato nel laboratorio britannico*, in G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di) *Crisi economico finanziaria e intervento dello Stato: modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, 2012, p.175 ss.; A. HAUSER, *Lender of Last Resort operations during the financial crisis: seven practical lessons from the United Kingdom*, BIS Paper, settembre 2014, 81 ss.

¹⁵ Nel caso della Roskilde le misure di sostegno approvate dalla Commissione non hanno avuto effetto e la Danimarca ha poi proceduto ad una liquidazione controllata mentre nel caso della Hypo la crisi di liquidità è stata affrontata con una strategia di rifinanziamento di medio termine. Per un'analisi specifica dell'insieme degli interventi si veda Report from the Commission, State Aid Scoreboard, spring 2009, COM(2009)164, 8 april 2009. In dottrina in particolare S. FORTUNATO, *Aiuti di stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, 17/05/2010, rep. sul sito academia.edu e M. PASSALACQUA, *Aiuti di stato al settore finanziario nell'amministrazione dell'emergenza*, in G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA, *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 241 ss.

¹⁶ L'intervento, attuato il 30 settembre 2008, viene adottato attraverso il *Credit Institution (Financial Support) Act 2008*. Sul punto si veda in particolare T. TRIDIMAS, *Eu financial regulation: federalization, crisis management, law reform*, in P. CRAIG, G. DE BURCA, *The Evolution of Eu Law*, Oxford, 2011, 796.

¹⁷ Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale (in appresso «la comunicazione relativa alle banche del 2008») (GU C 270 del 25.10.2008, pag. 8); comunicazione relativa alla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza (in appresso «la comunicazione sulla ricapitalizzazione») (GU C 10 del 15.1.2009, pag. 2); comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario (in appresso «la comunicazione sulle attività deteriorate») (GU C 72 del 26.3.2009, pag. 1); comunicazione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato (in appresso «la comunicazione sulla ristrutturazione») (GU C 195 del 19.8.2009, pag. 9). A queste Comunicazioni hanno fatto seguito due comunicazioni "di proroga": Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (c.d. comunicazione di proroga del 2010) in GU C 329, del 7.12.2010, p.7 e Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012,

finanziario e le modalità di azione. Tale passaggio può essere inquadrato come post-emergenziale in quanto si delinea come intervento di tipo più generale che consente di superare o quantomeno arginare l'azione in emergenza riducendo e semplificando la fase di esame¹⁸.

Le diverse comunicazioni, pur presentando contenuti specifici differenti, presentano due elementi comuni degni di nota: il primo riguarda la definizione stessa di aiuto ed il secondo alcune finalità specifiche da perseguire.

In merito al primo punto va rilevato come la Commissione intervenga su due aspetti e cioè sulle condizioni in base alle quali un aiuto può essere considerato ammissibile, interpretando in senso estensivo anche previsioni finora praticamente inutilizzate e sulla possibilità di rendere ammissibile il sostegno pubblico per finalità "generali"¹⁹. Quest'ultimo punto, come vedremo, è ben esemplificato dal bilanciamento degli interessi in gioco effettuato nel caso in esame.

Per quanto concerne gli obiettivi che le comunicazioni intendevano perseguire essi possono essere così enucleati: 1) distinzione fra "good banks" e "bad banks" (tenendo conto del grado di prudenza avuto) in base al livello di sofferenza e al rischio di liquidazione 2) ammissibilità dei soli aiuti che risultano proporzionati, mirati ed in grado di minimizzare gli effetti sulla concorrenza 3) limitazione delle misure di aiuto ad un periodo di tempo determinato e corredato da revisioni periodiche 4) finalizzazione degli aiuti ammessi al ripristino della "long-term viability" senza necessità di ulteriori futuri ricorsi a nuove misure²⁰.

A tali aspetti si affiancano novità procedurali ed in particolare la definizione di una sorta di procedura emergenziale che modifica le normali modalità di esame delle richieste di intervento da parte della Commissione.

Su queste misure va ricordato che la Commissione è nuovamente intervenuta nel 2013 con una ulteriore Comunicazione che ha sostituito quella relativa alle banche del 2008 (c.d. Comunicazione sulle banche) ed ha adattato ed integrato le altre²¹. Essa ha determinato il superamento della procedura di emergenza prevenendo un meccanismo di pre-notifica alla Commissione²² per le sole attività deteriorate.

delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (c.d. comunicazione di proroga del 2011»), in GU C 356 del 6.12.2011, p. 7)

¹⁸ Va ricordato che l'istituzione di regimi di salvataggio introdotta dalla Comunicazione sulle banche del 2009 non escludeva la possibilità di interventi ad hoc.

¹⁹ Non si interviene invece sulle previsioni che stabiliscono se una misura può essere considerata un aiuto di stato. Sulla flessibilità della disciplina sugli aiuti si veda in particolare A. BIONDI, E. RIGHINI, *An evolutionary theory of Eu State Aid Control*, Legal Studies Research Paper Series, King's College, 2014.

²⁰ Per un approfondimento su questi aspetti, K. LANOO, C. NAPOLI, *Bank State Aid in the financial crisis. Fragmentation or level playing field?*, CEPS Task Force Report, Bruxelles, October 2010, rep. sul sito www.ceps.eu.

²¹ Comunicazione della Commissione relative all'applicazione dal 1° gennaio 2013 delle norme in materia di aiuti di stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, 2013/C216/01, GUUE C216/1 del 30 luglio 2013 come rettificata dalla Comunicazione 2014/C145/13.

²² Si veda il paragrafo 3.1. della direttiva 2013/C216/01, cit. nel quale si afferma che "gli Stati sono invitati ad avviare contatti con la Commissione prima della notifica. Nel corso di tali contatti volontari pre-notifica, la Commissione offrirà assistenza in merito alle modalità per garantire la compatibilità degli aiuti (...)", punto 32.

3.1. La definizione di procedura di emergenza e la delega di poteri al Commissario per la concorrenza

Come evidenziato, con l'aggravarsi della crisi, la Commissione decide di passare sostanzialmente da un sistema di analisi caso per caso alla definizione preventiva di requisiti che delineano le misure ammissibili. Infatti nella Comunicazione sulle banche si afferma che "Lo scopo della presente comunicazione è fornire orientamenti sui criteri essenziali per valutare se siano compatibili con il Trattato i regimi di carattere generale, nonché i singoli casi di applicazione di tali regimi ed i casi ad hoc importanti a livello sistemico"²³.

Questo obiettivo specifico è funzionale a quello generale di realizzare una flessibilità del sistema degli aiuti (come vedremo sostanziale e procedurale) che consenta di salvaguardare contemporaneamente le banche e il sistema finanziario ed il regime di concorrenza. Infatti a tal fine si precisa che gli interventi dovranno essere mirati, proporzionati e concepiti in modo da ridurre al minimo gli effetti di ricaduta negativa sui concorrenti²⁴.

Le previsioni sull'identificazione preventiva dei criteri di ammissibilità delle misure, pur semplificando l'azione di supervisione, rischiavano però di non essere sufficienti ad arginare gli effetti della crisi se non accompagnate da interventi di semplificazione procedurale. Infatti sulla base dell'art.88 TFUE e del Reg. n.659/1999 il sistema di controllo preventivo sugli aiuti prevede due obblighi: 1) l'obbligo di notifica preventiva delle misure di aiuto 2) l'impossibilità di dare corso all'intervento prima della decisione finale della Commissione. Quest'ultima è il frutto di un esame preliminare (periodo previsto di 2 mesi) e di una fase di vera e propria indagine (periodo previsto di 18 mesi)²⁵. Ciò significava che il momento decisionale, visti i continui cambiamenti nel mercato finanziario, rischiava di essere troppo lungo perché le misure potessero essere efficaci.

Pertanto per cercare di superare tale discrasia si decide di intervenire sulle regole esistenti definendo una sorta di procedura di emergenza accompagnata e caratterizzata da una delega temporanea di poteri.

Infatti con la c.d. Comunicazione sulle banche del 2008 viene individuata una procedura accelerata basata sulla necessità di una sorta di pre-notifica su tutte le misure che gli Stati intendevano intraprendere e l'impegno della Commissione all'adozione rapida delle decisioni "se necessario entro 24 ore e durante il fine settimana"²⁶. Una simile tempistica risultava possibile proprio grazie alla combinazione di questa previsione con la definizione di criteri preventivi di ammissibilità. L'effetto era un sostanziale "accordo" fra Stati e Commissione che permetteva, una volta notificata la misura, di non dover effettuare un "nuovo" esame azzerando sostanzialmente i tempi connessi a questa fase²⁷. La possibilità di procedure più rapide per l'esame delle misure di aiuto non è una completa novità,

²³ Comunicazione sulle banche, cit., p. 5.

²⁴ Comunicazione sulle banche, cit., punto 15.

²⁵ Rispettivamente art. 4 e 2 del Regolamento 659/1999.

²⁶ Comunicazione sulle banche, cit., punto 53.

²⁷ Sulla questione in particolare G.J. KOOPMAN, *Stability and competition in Eu Banking during the financial crisis: the role of State aid control*, Competition Policy International, vol. 7, n.2, 2011.

visto che una semplificazione era già contenuta negli orientamenti del 2004²⁸. La novità però sta nella durata (solo 24 ore), nel gran numero di situazioni interessate e nella "misura di accompagnamento" corrispondente ad una delega del potere decisionale. Nello specifico la delega, come da Comunicazione del Presidente SEC(2008)2575/2, aveva come contenuto il conferimento del potere decisionale sugli aiuti alle istituzioni finanziarie al Commissario alla Concorrenza²⁹. Nello specifico si attribuiva il potere "a) *to decide that an emergency rescue measure in favour of financial institutions does not constitute aid* b) *to decide not to raise objections against a notified emergency rescue measure in favour of financial institutions* c) *to decide not to raise objections against an unlawful emergency rescue measure in favour of financial institutions*"³⁰ e un limite temporale corrispondente a tre mesi rinnovabili.

La ratio di tale scelta può essere individuata nella: 1) volatilità degli sviluppi e costanti cambiamenti di scenario che richiedevano alla Commissione reazioni estremamente rapide 2) necessità di essere pronti ad intervenire in qualunque momento (in particolare nel weekend, di notte o anche quando le banche sono chiuse) 3) esigenza di offrire agli operatori privati certezza giuridica sulle misure adottate e la loro compatibilità con le previsioni sugli aiuti di stato.

Infine va sottolineato come la determinazione di adottare una procedura simile si sia resa ancor più necessaria per la particolarità del settore nel quale la valutazione richiede un esame approfondito e tecnico di aspetti organizzativi (es. corporate governance) e finanziari (cash-flow, rapporto capitale corrente/futuro, ecc.) che consentano di delineare il modello di business della banca e il suo portfolio. Tutto ciò richiede tempo e chiarisce anche l'importanza della previsione di una fase di pre-notifica visto che poi ci dovrà essere una decisione lampo.

3.2 Vantaggi e rischi dell'assetto delineato

La decisione di procedere inserendo gli elementi di flessibilità delineati nel sistema degli aiuti di stato presenta dei vantaggi e possibili rischi.

Per quanto concerne i vantaggi essi possono essere identificati in un incremento di: 1) omogeneità nelle decisioni assunte 2) certezza per gli operatori del settore 3) trasparenza nelle decisioni. Per quanto concerne il primo aspetto va evidenziato come garantire maggiore omogeneità di trattamento nelle decisioni assunte limiti i rischi di misure discriminatorie e riduca il pericolo di effetti distorsivi della concorrenza a vantaggio dei c.d. "campioni nazionali"³¹.

²⁸ Va ricordato come già gli Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà del 2004 facessero riferimento alla possibilità di una procedura semplificata destinata a concludersi in un mese (punto 30).

²⁹ Comunicazione from the President in agreement with Ms Kroes, Temporary empowerment of the Member of the Commission with special responsibility for competition to adopt, in agreement with the President and the Members of the Commission with special responsibility for Internal Market and Services and for Economic and Monetary Affairs, positive decisions on emergency rescue measures in favour of financial institutions, SEC(2008)2575/2.

³⁰ SEC(2008)2575/2 punto VIII.

³¹ Sul punto in particolare A. ANDREANGELI, *Eu Competition Law in Times of Crisis: between present challenges and a largely unwritten future*, Comp. Law Rev., 2013, p.104

A tale elemento si collega anche l'incremento di coordinamento tra la fase di presentazione delle richieste di intervento e quella di valutazione. Quest'ultimo aspetto è strettamente connesso alla definizione di uno schema procedurale semplificato.

Infine la pre-definizione dei criteri di ammissibilità garantisce allo stesso tempo maggiore trasparenza al sistema decisionale e certezza del diritto per gli operatori. Infatti, rispetto ad un sistema di esame caso per caso, applicato a tante situazioni simili e da valutare in un arco temporale ristretto, un'impostazione come quella prevista garantisce rapidità e maggiore omogeneità di valutazione contribuendo a ristabilire fiducia nei mercati finanziari³². Per gli *stakeholders* infatti è fondamentale avere chiaro da subito ciò può essere valutato ammissibile e cosa no³³.

Nelle intenzioni della Commissione inoltre un simile assetto dovrebbe garantire anche interventi proporzionati rispetto agli obiettivi da raggiungere.

Rispetto ai vantaggi individuati si presentano anche possibili svantaggi e soprattutto rischi. Essi riguardano la difficoltà di definire tante situazioni contemporaneamente senza creare gravi distorsioni della concorrenza, gli strumenti giuridici utilizzati per intervenire e gli effetti su una disciplina consolidata di divieto di aiuti di stato. Si tratta di questioni strettamente connesse fra di loro e che meritano un esame puntuale.

4. La base giudica per gli interventi di aiuto e il nodo della tutela della concorrenza

Come evidenziato la Commissione per sostenere le banche ha delineato un *framework* di comunicazioni che ha consentito di procedere all'autorizzazione di un ingente ammontare di aiuti³⁴. La base giuridica delle Comunicazioni così come delle decisioni singole assunte è stata individuata nell'art.107 co. 3 lett. b e proprio tale scelta merita attenzione³⁵. Infatti il comma 3 disciplina gli aiuti che in particolari circostanze e solo in quelle possono essere considerati compatibili e che altrimenti

³² Ovviamente quando si fa riferimento ad un esame caso per caso si intende al di fuori di un quadro comune di regole. Tale precisazione è importante in quanto le stesse comunicazioni prevedono che nel quadro delineato, proprio per le peculiarità dei diversi stati membri, vi possano essere schemi generali di aiuto o decisioni ad hoc rivolte a singoli istituti in crisi (v. restructuring communication)

³³ Sul punto in particolare A. BIONDI, *State aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid*, CMLR, 2013, 1719 ss.

³⁴ La Commissione fra il 2008 e il 2013 ha adottato 92 decisioni in singoli casi e 20 schemi nazionali di intervento. Per un'analisi dei dati Directorate- General for internal policies, *State aid to banks and credit for SMEs: is there a need for conditionality?*, IP/A/ECON/2013-18, February 2015.

L'ammontare degli aiuti erogati dai diversi Stati varia molto a seconda dei paesi e si va dai 500 bilioni di euro di Regno Unito e Germania ai 3 di Cipro e Latvia. Ci sono poi 5 Stati che non hanno adottato specifiche misure di aiuto (Repubblica Ceca, Estonia, Bulgaria, Romania e Malta).

Sul punto in particolare M. PITTIE, G. FABRE, *Temporary framework: state aid to the real economy*, in M. MEROLA, J. DERENNE, J. RIVAS, *Competition law in times of economic crisis. In need of Adjustment?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 399 ss. E C. QUIGLEY, *State Aid and Financial Crisis*, in W. RINGE, P.M. HUBER, *Legal challenges in the Global Financial Crisis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014, 132 ss.

³⁵ Va ricordato che proprio recentissimamente la Commissione ha ritenuto di dover adottare una comunicazione interpretativa dell'art. 107. Il 19 maggio 2016 è stata infatti adottata la comunicazione "on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFUE".

risultano incompatibili con il mercato interno. Nel caso delle banche la circostanza che giustificava l'intervento è stata ravvisata nella previsione sulla necessità di porre rimedio ad un grave turbamento per l'economia. Quest'ultima in precedenza era stata utilizzata pochissimo e neppure in casi di un certo rilievo come la riunificazione della Germania³⁶.

Il suo utilizzo rappresenta la necessità per la Commissione di attuare un bilanciamento di interessi fra il bisogno di ripristinare la stabilità finanziaria e salvaguardare il mercato unico ed il ricorso ad aiuti in grado di produrre effetti distorsivi sulla concorrenza³⁷.

Tale aspetto determina una serie di riflessioni su diversi punti e nello specifico le implicazioni di una simile decisione in un momento di crisi e per il futuro, l'efficacia/efficienza di una simile scelta e infine il ruolo assunto dalla Commissione alla luce dell'esercizio di tale potere discrezionale.

Per capire le implicazioni rispetto alla concorrenza può essere utile fare riferimento a due elementi in particolare: la specificità del settore bancario e la durata delle misure di sostegno.

Per quanto riguarda il primo elemento è opportuno ricordare come sull'assetto "migliore" del settore bancario, inteso come quello che garantisce maggiore stabilità e fiducia, esistano visioni differenti. Questo elemento può avere un'influenza anche sulla scelta di ricorrere o meno ad aiuti. Infatti l'utilizzo di aiuti non è ben visto da chi ritiene che il miglior funzionamento del sistema si abbia in regime di piena concorrenza. Anche la tesi opposta, favorevole agli aiuti in quanto misure in grado di favorire un rafforzamento del sistema bancario ed una maggiore concentrazione di esso non è esente da problemi. Infatti spesso gruppi bancari più grandi proprio in quanto potenzialmente più solidi sono portati ad assumere rischi maggiori³⁸. Nel caso specifico la situazione in cui la decisione di ricorrere ad aiuti è maturata era particolarmente grave e complessa e vi erano forti rischi di contagio da singoli istituti all'intero sistema bancario per il diffondersi di una mancanza di fiducia degli investitori.

³⁶ E' significativo ricordare che la riunificazione della Germania non era stato considerato come un grave turbamento dell'economia (sentenza Trib. I grado del 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, Reistaat Sachsen e a. c. Commissione, Racc., II-3663 confermata da CGCE, sentenza del 30 settembre 2003, cause riunite C-57/00 P e C-61/00 P, Commissione c. Freistaat Sachsen e a., Racc., I-9975).

³⁷ Sul punto in particolare A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, Dir. Pubbl., 2010, 195 ss.; ZIMMER, BLASCHZOK, *The role of competition in European State Aid Control during the financial market crisis*, Eur. Comp. Law Rev., 2011, 9 ss.

Più in generale sul rispetto della concorrenza in tempi di crisi FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, Merc. Conc. Reg., 2009, 7 ss.

³⁸ Una simile convinzione si basa sull'idea che maggiore concentrazione significa "grandi banche" che sono più stabili perché capaci di diversificare le loro attività e i loro portafogli e probabilmente anche più facili da monitorare e regolare. Sul punto in particolare J. PAROUSH, *The effect of merger and acquisition activity on the safety and soundness of a banking system*, Review of Industrial Organisation, 1995, 53 ss.; T. BECK, A. DEMIRGUC-KUNT, R. LEVINE, *Bank concentration, competition, and crisis: first results*, Journal of Banking and Finance, 2006, 1581 ss.; X. VIVIER, *Competition policy in Banking*, Oxford review of Economic Policy, 2011, 479 ss.; J. KAVANAGH, L. COPPI, *Economic characteristics of the State aid enforcement in the financial sector and lessons from the financial crisis*, in M. MEROLA, J. DERENNE, J. RIVAS, *Competition law...*, op. cit.

Proprio per questi motivi gli effetti prodotti dagli aiuti potrebbero risultare meno distorsivi che se fossero stati applicati in altri ambiti e gli effetti sulla concorrenza generati nel breve periodo potrebbero essere considerati funzionali ad una stabilizzazione del sistema in grado di evitare nuovi interventi nei prossimi anni. Del resto è la stessa Commissione ad evidenziare come l'obiettivo generale sia la stabilità finanziaria "in modo da garantire al tempo stesso che aiuti di stato e distorsioni della concorrenza tra banche e in tutti gli Stati membri siano ridotti al minimo" ed aggiunge come "La stabilità finanziaria rimane di fondamentale importanza nella valutazione degli aiuti di stato a favore del settore finanziario"³⁹.

Peraltro, nel caso specifico delle banche e per le condizioni create dalla crisi, appare difficile applicare anche il criterio dell'investitore privato utilizzato per valutare gli aiuti distorsivi perché nessun operatore privato sarebbe disposto ad investire in simili termini e solo lo Stato può accettare di farlo⁴⁰. Proprio per tali motivi la Commissione, sottolineando come non esistano condizioni consolidate inerenti l'applicazione dell'art. 87 co.3 lett. b del TFUE, ritiene che debbano essere considerate ammissibili tutte le situazioni nelle quali risultino rispettate le condizioni di: "a) misure mirate b) necessità c) proporzionalità"⁴¹.

L'altro elemento che potrebbe far ritenere efficace l'utilizzo degli aiuti in un bilanciamento tra costi (intesi come effetti sulla concorrenza) e benefici prodotti (per la stabilità e il mercato unico) è la questione della durata degli interventi. Infatti con l'evolversi della crisi si è assistito ad un riassetto delle misure introdotte con la prima Comunicazione sul settore bancario. Ciò ha determinato un passaggio da un quadro di "sostegno ampio" all'individuazione di elementi che rendessero più circostanziati gli aiuti anche temporalmente⁴², alla necessità di un piano di ristrutturazione per l'accesso alle misure di sostegno, a prescindere dall'importo dell'aiuto⁴³, fino alla definizione di una direttiva che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi che delinea le possibilità di intervento in linea con il rispetto delle norme sugli aiuti di stato (c.d. direttiva BRRD)⁴⁴.

E' la stessa Commissione ad evidenziare l'opportunità di un parziale cambiamento di rotta nella Comunicazione del 2013 quando sottolinea come "nel contesto delle mutate condizioni di mercato non sono più necessarie misure strutturali di salvataggio concesse unicamente sulla base di una valutazione preliminare che si fonda sul presupposto che praticamente tutte le banche hanno bisogno di essere salvate"⁴⁵.

³⁹ Comunicazione sul settore bancario, 2013/C 216/01, cit., p.7.

⁴⁰ La Commissione sottolinea quest'aspetto in sede di valutazione degli schemi di intervento proposti dai diversi paesi. Si veda ad es. quello del Regno Unito, N507/2008, Decisione C(2008)6058, punto 39.

⁴¹ Si veda l'esame dello schema della Francia, N548/08, Decisione C(2008)6617, punto 66.

⁴² In questo senso ad es. la Comunicazione del 5 dicembre 2009 sugli schemi di ricapitalizzazione prevede sia la necessità di una remunerazione per la ricapitalizzazione che "incentivi di uscita" dalle misure di sostegno ed una revisione ogni 6 mesi delle misure.

⁴³ Si veda la Comunicazione di proroga degli aiuti del 2010 che stabilisce l'obbligo di presentare un piano di ristrutturazione per tutte le banche che beneficiano di sostegno statale nella forma di misure a favore del capitale o di sostegno a fronte di attività deteriorate indipendentemente dall'importo dell'aiuto.

⁴⁴ Direttiva 2014/59/UE.

⁴⁵ Comunicazione sul settore bancario, cit., p.23.

In questo modo, pur rimanendo in vigore lo “strumento degli aiuti”, il ricorso ad essi risulta limitato e soprattutto condizionato ad un’indagine più attenta sulla reale necessità, sull’entità e sulla possibile efficacia con conseguente riduzione anche degli effetti distorsivi sulla concorrenza.

Nonostante questi elementi rimangono alcuni aspetti critici rispetto alla scelta attuata che riguardano in particolar modo la fase emergenziale ed il riconoscimento “generalizzato” delle condizioni previste dall’art.107 TFUE. In particolare per i primi casi valutati singolarmente possono rimanere dubbi sulla capacità di tutte le banche coinvolte di generare il c.d. effetto contagio” e sulla conseguente necessità di garantire loro degli aiuti⁴⁶.

5. Lo strumento delle “Comunicazioni” fra efficacia e discrezionalità

L’intervento della Commissione è stato centrale per la definizione e concessione degli aiuti alle banche ed è stato possibile grazie al potere discrezionale di cui essa dispone in materia⁴⁷. Quest’ultimo è stato esercitato attraverso strumenti di soft law che, come tali, sono privi di efficacia giuridica vincolante. Tale questione, seppur degna di nota, non rappresenta una completa novità visto che la disciplina degli aiuti di stato è stata caratterizzata anche prima della crisi da un ampio ricorso alla soft law⁴⁸.

Proprio per questo appare più utile soffermarsi sui vantaggi e i possibili rischi insiti nell’utilizzo delle comunicazioni.

Sul primo punto va sottolineato come tale strumento garantisca flessibilità e rapidità caratteristiche fondamentali vista l’urgenza e l’evoluzione costante della situazione sui mercati finanziari.

Infatti simili provvedimenti possono essere modificati facilmente sia nel contenuto che nella durata. Ciò è possibile in quanto essi sono espressione di una autolimitazione⁴⁹ della discrezionalità correlata agli interessi in gioco. La limitazione può riguardare diversi aspetti e per le banche ha interessato contemporaneamente più elementi e nello specifico quelli contenutistici e/o temporali (attraverso un sostanziale superamento del potere discrezionale della Commissione di effettuare un’indagine e valutare la legittimità degli aiuti) che quelli procedurali.

⁴⁶ Sul punto in particolare B. LYONS, M. ZHU, *Compensating competitors or restoring competition? Eu regulation State Aid for banks during the financial crisis?*, Journ. Ind. Comp. Trade, 2013, 39 ss.

⁴⁷ L’esercizio di tale potere come più volte ribadito dalla Corte di giustizia implica valutazione di carattere economico e sociale da effettuare nel contesto comunitario. Si vedano in particolare CGCE, sentenza del 21 marzo 1991, causa C-303/88, Italia c. Commissione, Racc. I-1433 punto 34 e sentenza del 15 giugno 1993, causa C-225/91, Matra c. Commissione, Racc. I-3203 punto 24.

⁴⁸ Si veda in particolare M. CINI, *The Soft Law approach: Commission Rule-making in the Eu’s State aid regime*, Journal of European Public Policy, 2001, 192 ss; G. LUCHENA, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Cacucci, Bari, 2012, 79 ss. E T. DOLEYS, *Managing State Aid in a times of crisis: Commission Crisis Communication and the Financial Sector Bailout*, Journal of European Integration, 2012, 549 ss.;

⁴⁹ In generale sul concetto di autolimitazione si veda P.M. VIPIANA, *L’autolimitazione della pubblica amministrazione. L’attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990. Per quanto concerne in particolare l’autolimitazione nel caso della Commissione si veda G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell’attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1993, 399 ss.

Quest'ultimo aspetto si evidenzia nel momentaneo superamento della procedura ordinaria basata su una fase di indagine ed una decisionale a favore di un procedimento d'urgenza a struttura monocratica (si ricordi in questo senso la delega al Commissario per la concorrenza nella fase più acuta della crisi).

Un simile assetto porta con sé anche dei rischi. Infatti l'esercizio del potere discrezionale della Commissione determina un bilanciamento degli interessi in gioco⁵⁰. In particolare nel caso in questione predetermina per un certo periodo un bilanciamento orientato in una precisa direzione (semplificando a favore della stabilità e vs la concorrenza) che rimane stabile indipendentemente dal numero dei casi che potenzialmente vi rientrano. Ciò è funzionale ad una semplificazione e rapidità di intervento ma può avere ripercussioni maggiori sull'interesse "sacrificato" che in questo caso è la tutela della concorrenza. Peraltro gli effetti che si producono non è detto che si limitino al momento nel quale le Comunicazioni trovano applicazione ma possono esserci conseguenze prolungate nel tempo non solo specifiche (nel settore interessato) ma di tipo generale sul ricorso agli aiuti di stato. Simili preoccupazioni trovavano riscontro anche nella Risoluzione del parlamento Europeo del 2010 che chiamava la Commissione a valutare con attenzione l'uso e gli effetti degli aiuti alle banche chiedendo di evidenziare i progressi effettuati dal settore alla luce degli aiuti ricevuti⁵¹.

Tenendo conto anche degli elementi delineati si è assistito dal 2012 ad un percorso di modernizzazione della disciplina degli aiuti⁵² che sta consolidando l'idea che sia necessario valutare la loro ammissibilità alla luce di alcuni parametri generali e trasversali ai settori considerati. Essi si sostanziano nella esistenza di obiettivi di comune interesse a livello europeo, nella necessità dell'aiuto e la sua "appropriatezza" e soprattutto nella proporzionalità⁵³. Tutti quanti hanno trovato applicazione nel caso considerato e possiamo dire che anzi, proprio il settore bancario ha contribuito alla loro definizione e specificazione come evidenziato. In particolare è interessante sottolineare come nel caso di specie la proporzionalità riguardi sia l'entità degli aiuti che la loro durata per un periodo limitato. Infatti la Commissione dopo la fase di maggiore emergenza ha modificato le previsioni introdotte in precedenza limitando così le conseguenze potenzialmente più distorsive ad un periodo definito.

⁵⁰ Sul punto si vedano fra le altre le sentenze della Corte di Giustizia, 24 febbraio 1987, *Deufil GmbH&Co c. Commissione*, causa C-310/85, punto 49, Racc., p.901; CGCE del 21 marzo 1990, *Regno del Belgio c. Commissione*, causa C-74/89, punto 56, Racc. I-491; CGCE del 19 settembre 2000, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, causa C-156/98, punto 67, Racc. I-6857.

⁵¹ Risoluzione del Parlamento Europeo del 9 marzo 2010 sul Report on Competition Policy 2008, 2009/2173.

⁵² Oltre alla Comunicazione della Commissione "Modernizzazione degli Aiuti di Stato dell'Ue", COM(2012)209, di tipo generale si vedano anche gli interventi specifici in diversi settori come sviluppo e innovazione, "Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, 2014/C198/1 e protezione dell'ambiente ed energia, "Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020", 2014/C200/01.

⁵³ Su questi aspetti in particolare A. BIONDI, E. RIGHINI, op. cit.

6. Le scelte della Commissione e la loro adeguatezza nel settore bancario

Le Comunicazioni adottate risultano interessanti anche per le scelte generali con esse effettuate. E' già stato evidenziato come la discrezionalità di cui la Commissione dispone abbia dato luogo ad un bilanciamento fra tutela della concorrenza e salvaguardia della stabilità. Se il ricorso agli aiuti con un simile bilanciamento era probabilmente inevitabile qualche dubbio può sorgere sul numero di situazioni nelle quali è stato applicato. Una simile considerazione interessa in particolar modo gli interventi effettuati nella prima fase e in piena emergenza ma da luogo più in generale ad un interrogativo sulla esistenza o meno di una strategia di lungo periodo per questo settore. In particolar modo può essere interessante chiedersi se le scelte adottate fossero funzionali ad un preciso assetto o addirittura "*business model*" per il settore bancario oppure no⁵⁴. Una simile riflessione sorge proprio dal fatto che le comunicazioni adottate, pur configurandosi sulla carta come strumenti di stabilità finanziaria, hanno determinato nella sostanza anche scelte di politica economico-industriale adottate avendo a disposizione tutte le informazioni sul reale stato delle banche interessate. Infatti lo scambio di informazioni era già previsto dalla comunicazione sulla ricapitalizzazione del dicembre 2008 limitatamente alla necessità di un rapporto da parte degli Stati membri alla Commissione "*on the implementation of the measures taken*" (punto 40). Nel 2009 però il flusso informativo viene intensificato attraverso la previsione che introduce la necessità di individuare il "*bank's business model (...) in order to enable the Commission to make an assessment of the bank's risk profile and viability*"⁵⁵. E' chiaro quindi che le informazioni acquisite fornivano un quadro anche sulla situazione presente nell'intero mercato bancario e che, conseguentemente, anche le misure successivamente adottate o il prolungamento di quelle già adottate, pur avendo come faro la stabilità, inevitabilmente andavano ad incidere sull'assetto del mercato e in un certo senso anche sul *business model* (si pensi ad es. alla presenza nei piani di ristrutturazione di condizioni quali vendita/cessazione di attività o fusioni)⁵⁶.

Quanto detto, pur rafforzando l'idea della centralità dalla Commissione, contestualmente fa sorgere due riflessioni e cioè l'influenza che gli interventi attuati possono avere avuto sull'assetto del sistema bancario post-crisi e la loro adeguatezza. Il primo elemento riguarda le conseguenze correlate alle condizioni imposte alle banche che ricevevano aiuti e la conseguente riconfigurazione degli istituti bancari nonché ad es. la possibilità di ingresso di nuovi soggetti nel mercato a seguito dei piani di riassetto e soprattutto di risoluzione. In questo senso va sottolineato come anche la c.d direttiva CRD IV⁵⁷ facesse salve le decisioni della Commissione in

⁵⁴ La questione del business model è molto controversa. Il consiglio ECOFIN di giugno ha rilanciato il tema ed è in discussione un regolamento sulle misure strutturali volte ad accrescere la resilienza degli istituti bancari nell'UE che dovrebbe intervenire su quest'aspetto.

⁵⁵ Si veda il documento DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis, Agosto 2009, p.36.

⁵⁶ Sul punto in particolare G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Cedam, 2011, p. 277 e 382 ss.; R. AYADI, E. ARBAK, W.P. DE GROEN, *Business Models in European Banking: a pre -and post crisis screening*, CEPS, Bruxelles, 2011 e ID., *Regulation of European Banks and Business Model: towards a New Paradigm*, CEPS, Bruxelles, 2012.

⁵⁷ Direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza degli enti creditizi e le imprese di investimento, GU L176/338 del 27 giugno 2013, considerando 10.

materia di aiuti senza prevedere “forme di collaborazione/interazione” fra i diversi soggetti coinvolti (in particolare BCE ed EBA).

Proprio a quest'elemento si collega la seconda questione che riguarda non solo l'adeguatezza degli interventi stessi ma anche la capacità del soggetto che li ha adottati (e cioè della Commissione) di assumere in solitudine decisioni strategiche così delicate e tecniche. Infatti oltre ai rapporti con la BCE già sperimentati, proprio gli interventi a favore delle banche, fanno pensare all'opportunità di forme di collaborazione/consultazione con i regolatori recentemente istituiti ed in particolare con l'*European Banking Authority* (EBA), come avvenuto ad es. nel caso spagnolo, nel quale vi è stata una stretta collaborazione attraverso un gruppo composto dalla Banca di Spagna, la Commissione Europea, la BCE e l'FMI⁵⁸. L'opportunità di una collaborazione appare ancor più utile se si considerano anche recenti competenze assegnate all'EBA come quelle previste dalla direttiva BRRD nei piani di risoluzione di gruppo alla luce dei diversi modelli di business⁵⁹.

7. Qualche riflessione conclusiva

Dall'analisi effettuata emergono alcuni spunti di riflessione relativi al ruolo svolto dalla Commissione, alla flessibilità delle regole in materia di aiuti ed alla scelta di fare ricorso a questi ultimi.

In particolare la Commissione ha svolto diversi ruoli a seconda delle diverse fasi della crisi. Nella prima, cioè quella più acuta, ha cercato di contrastare/gestire la crisi attraverso l'adozione di decisioni singole e comunicazioni “permissive”. Ciò ha comportato l'approvazione di numerose misure di aiuto distorsive della concorrenza ma ammissibili in quanto giustificate sulla base dell'art. 87 co.3 TFUE. Una volta superata l'emergenza, la Commissione ha modificato la sua strategia fissando condizioni sempre più stringenti per l'utilizzo degli aiuti ed in linea con l'obiettivo di una riduzione degli effetti distorsivi della concorrenza⁶⁰.

Questo passaggio porta in primo piano l'esercizio, da parte della Commissione, di un ruolo di regia sia sul piano dei contenuti (contrasto alla crisi e successivamente la salvaguardia del mercato unico) che delle procedure (costruire un quadro omogeneo per l'azione degli Stati).

Quindi, proprio l'azione della Commissione merita un più attento esame perché i suoi interventi sembrano essere connotati diversamente, cioè come “tecnici” oppure come “politici” a seconda della finalità perseguita. Infatti potremmo qualificare come azioni di tipo tecnico quelle relative alle modifiche nella procedura e alla definizione di condizioni in grado di garantire parità di trattamento fra gli Stati membri e, nello specifico, fra gli istituti bancari. In questo senso, come anticipato, proprio il fine di tutelare la concorrenza ha determinato l'introduzione di condizioni tali da rendere il sostegno mirato e limitato nel tempo.

⁵⁸ Si veda il documento MEMO/12/918, cit., punto 6.

⁵⁹ Si vedano in particolare l'art.11 e 12 dove si fa riferimento ai compiti di elaborazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione che precisano i contenuti dei piani di risoluzione di gruppo tenendo conto della diversità dei modelli di business dei gruppi nel mercato interno.

⁶⁰ Sul punto E. ADLER, J. KAVANAGH e A. UGRYUMOV, *State Aid to banks in the Financial crisis: the past and the future*, Journ. Comp. Law & Practice, 2010, 66.

Ben diverso invece risulta il ruolo esercitato dalla Commissione nella fase di controllo sui regimi di aiuto che gli Stati si propongono di adottare. In questo caso l'intervento della Commissione sembra assumere un connotato più politico in quanto, anche preventivamente ha riconosciuto con le comunicazioni la possibilità di intervenire con risorse pubbliche, si è riservata successivamente il controllo e la decisione finale sui piani presentati.

Quest'ultimo intervento potrebbe sembrare conseguenza della semplice applicazione del meccanismo di controllo. In realtà assume un particolare significato per due motivi, e cioè il valore economico delle situazioni esaminate in un singolo settore e soprattutto la particolarità del settore considerato. Infatti in ambito finanziario, prima della vicenda degli aiuti al settore bancario, non era immaginabile che la Commissione potesse assumere un ruolo di tale rilevanza.

L'altro aspetto sul quale soffermarsi riguarda l'applicazione delle regole che ha prodotto la c.d. "flessibilizzazione". Per comprendere meglio la scelta di utilizzare questo termine può essere utile chiarire quali siano gli elementi di flessibilità. Nello specifico essi attengono al divieto di aiuti di stato ed all'interpretazione data all'art.87, alla modifica delle procedure per garantire rapidità di intervento e, da ultimo, alla determinazione del momento in cui si perfeziona e si definisce la misura di aiuto⁶¹.

Infatti prima della crisi si riteneva vi fosse aiuto nel momento in cui veniva assunta una decisione formale e/o venivano state stanziare/ risultassero disponibili le risorse necessarie ad attuarla. All'atto giuridico conseguivano gli effetti legali della decisione dai quali poi potevano derivare conseguenze sul mercato. Con la crisi e in particolare con le misure di sostegno alle banche si introduce una flessibilità anche su quest'aspetto visto che gli effetti sui mercati si producono con il solo annuncio che le banche saranno garantite attraverso un intervento dello Stato. E' la stessa Commissione a sottolineare questo punto nella decisione relativa al caso WestLB affermando che "*The fact that no approval of the government and the Parliament had been given and no provisions were made in the government's budget (...) seems not crucial because the government had communicated its principal engagement in a political declaration vis-à-vis the public and the markets, which is treated by the market as a binding commitment*"⁶². Ciò significa che ancor prima che vi sia il perfezionamento giuridico della misura vi sono effetti per i mercati come se essa fosse stata assunta⁶³.

Quest'elemento conferisce ulteriore valore alle Comunicazioni della Commissione e rafforza la scelta di adottarle in un arco di tempo ravvicinato per contrastare gli effetti della crisi.

Infine l'ultimo elemento di flessibilizzazione riguarda i criteri normalmente utilizzati per valutare l'esistenza di un aiuto di stato ed in particolare quello del c.d.

⁶¹ Sul punto in particolare J.J.PIERNAS LOPEZ, *The concept of State Aid under EU Law. From internal market to competition and beyond*, Oxford University press 2015, 221 ss.

⁶² Commission Decision NN25/2008, West LB, punto 38.

⁶³ Va segnalato che c'è stato anche un caso al di fuori del settore bancario relativo a France Telecom. Si tratta della decisione 13°/2003 del 2 agosto 2004 su cui poi è intervenuta anche la Corte di Giustizia, causa C-399/10 e C-401/10, Bouygues Telecom SA c. Commissione, rep. sul sito www.curia.eu.

investitore privato che, come è noto, si basa su una comparazione col comportamento che un investitore privato avrebbe tenuto nel caso in esame⁶⁴.

Infatti, come già ricordato, nella fase più intensa della crisi, si è ritenuto che tale criterio non potesse essere utilizzato per valutare le misure di aiuto nei confronti delle banche perché nessun investitore privato sarebbe intervenuto in quelle circostanze. Si è in questo modo creato un precedente rispetto ad un criterio ormai consolidato e utilizzato in modo generalizzato individuando sostanzialmente delle condizioni di inapplicabilità⁶⁵. Queste ultime, enucleabili proprio attraverso l'esame dei casi, sono strettamente connesse alle caratteristiche del settore bancario e ravvisabili in: a) difficoltà di avere un investitore in grado di mettere a disposizione un elevato ammontare di risorse quale quello necessario per i salvataggi delle banche b) la diversificazione di interventi realizzati e la conseguente assunzione di livello di rischio c) la rapidità di attuazione delle misure⁶⁶.

Gli aspetti finora delineati riguardano strettamente la disciplina sugli aiuti di stato e la sua applicazione. Pur non potendo approfondire in questa sede la questione, merita però ricordare che gli interventi a favore delle banche hanno determinato la flessibilizzazione di strumenti che, pur non riguardando e non creando di per sé problemi rispetto alla disciplina degli aiuti di stato, nel caso specifico generano qualche riflessione.

⁶⁴ L'affermazione di questo criterio risale alla metà degli anni '80, fra le altre si rinvia alle sentenze della Corte di Giustizia del 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 2263; del 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* I-307; del 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* I-1433; del 3 ottobre 1991, causa C-261/89, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* I-4437; del 14 settembre 1994, cause riunite C-278/92 a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, I-4103. In dottrina in particolare C. MALINCONICO, *Aiuti di stato*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997; F. GHELARDUCCI, M. CAPANTINI, *Gli aiuti di stato e il principio dell'investitore privato negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, plus, 2004, 127 ss.; A. PAGANO, *Sull'applicazione del criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato*, in *DPCE*, 2010, 3, 1282 ss.; R.F. BALDUCCI, *Lo stato può investire nel capitale di imprese pubbliche anche per mezzo di esenzioni fiscali: è la fine del "market economy investor principle"* in *DPCE*, 2012, 1710 ss.; P. DE LUCA, *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3, 2012, 519 ss.

⁶⁵ L'unico caso che fa eccezione è quello dell'ING Group sul quale è intervenuta la Corte di Giustizia, causa C-224/12 P, *Commissione c. Netherlands and ING Groep*. Sul caso si consenta il rinvio a A. CANEPA, *Aiuti di stato alle banche ed ambito di applicazione del criterio dell'investitore privato*, in *DPCE*, 2014, 1366 ss. Se si esclude questo caso rispetto all'utilizzo di questo criterio si riscontra solo l'inserimento di condizioni per la sua applicazione. Ciò è ad esempio avvenuto per la banda larga (Comunicazione della Commissione, *Eu guidelines for the application of State aid rules in relation to the rapid deployment of broadband networks*, 2013, OJ C25/1), per la promozione di risk finance investments (Comunicazione della Commissione, *Guidelines on the state aid to promote risk finance investments*, 2014, OJ C 19/4) e nel settore aeroportuale (Comunicazione della Commissione, *Guidelines on state aid to airports and airline*, 2014, OJ C99/3). Sul punto in particolare L. HANCHER, *Capacity mechanisms and state aid control: a European solution to the "missing money" problem?*, in L. HANCHER, A. DE HAUTELOCQUE, M. SADOWSKA, *Capacity mechanisms in the Eu Energy market*, Oxford, 2015, 162.

⁶⁶ Si vedano nello specifico la Decisione della Commissione C(2011)4432 relativa alla Anglo Irish Bank and Irish Nationwide Building Society, punto 103, la Decisione C(2011)7468 relativa alla Dexia bank e la Decisione C(2011)2114 relativa a ABN AMRO Group NV.

Sul punto in particolare H. GILLIAMS, *The notion of aid in the financial crisis*, in M. MEROLA, J. DERENNE, J. RIVAS, op. cit., 261 ss.

Il riferimento è ad es. all'intervento della Bank of England (BoE) ed il ricorso al LOLR per sostenere le banche in difficoltà nel Regno Unito. La BoE ha fatto ampio ricorso a questo strumento, in particolare fra il 2008 ed il 2009, facendo sorgere qualche dubbio sulla piena compatibilità di quest'azione rispetto al divieto di aiuti di stato. Infatti ha immesso molte risorse nel sistema, rendendo quantomeno flessibile l'interpretazione di due elementi che solitamente caratterizzano questo tipo di intervento e cioè l'applicazione "parsimoniosa" e soprattutto la solvibilità dell'istituto interessato da mancanza di liquidità⁶⁷. Altrettanto problematico risulta anche l'altro strumento utilizzato sempre dalla BoE e introdotto proprio nel 2008 e cioè lo *Special Liquidity Scheme* (SLS). Quest'ultimo, vista la sua configurazione in base alla quale a fronte della liquidità data dallo Stato si conferiscono *asset* patrimoniali illiquidi, sembrerebbe generare minori questioni sotto il profilo dell'esistenza di aiuti di stato. In realtà così non è o almeno non in tutti i casi in quanto utilizzando un'espressione di Di Gaspare che risulta di immediata chiarezza la BoE in certi casi "ci mette i soldi e ritira la spazzatura"⁶⁸. Gli effetti prodotti da una simile applicazione in entrambi i casi si configurano pertanto come degni di attenzione dal punto di vista della compatibilità con la normativa sugli aiuti.

Infine una riflessione di tipo più generale merita la decisione di ricorrere all'intervento statale nella forma degli aiuti di stato per sostenere il settore bancario. A tal proposito è necessario soffermarsi su due aspetti e cioè se sia possibile fare un bilancio provvisorio dei rischi/benefici conseguiti a questa scelta e come la strategia adottata possa incidere sulla futura politica di ricorso ad aiuti statali.

Per quanto concerne il primo aspetto si può ritenere che non vi sia un eccessivo squilibrio fra effetti negativi e benefici prodotti. Infatti se da un lato sono state evidenziate le conseguenze sulla concorrenza prodotte dalla scelta adottata è comunque vero che la Commissione, pur ribadendo più volte la priorità accordata alla stabilità finanziaria, ha cercato, superata la fase di prima emergenza, di introdurre una serie di correttivi (vedi ad es. le condizioni per l'accesso agli aiuti) volti ad evitare effetti importanti e prolungati sulla concorrenza. Peraltro nella valutazione è necessario tenere conto anche dell'eccezionalità della situazione verificatasi e delle peculiarità del settore bancario intese sia come propensione all'effetto contagio che come impatto sull'economia e sui risparmiatori. Proprio questi elementi, insieme al graduale percorso di riduzione del sostegno al sistema bancario, possono far ritenere che non vi saranno sostanziali variazioni per quanto concerne la disciplina inerente l'ammissibilità del ricorso agli aiuti di stato. Ciò non toglie che in realtà proprio la vicenda degli aiuti alle banche abbia innestato un processo di revisione del sistema aiuti sia sul piano contenutistico che delle procedure (avviato appunto con la c.d. modernizzazione). Allo stesso tempo non si può negare che, per la prima volta, anche criteri consolidati come quello dell'investitore privato per la valutazione degli aiuti abbiano mostrato la necessità di ulteriori precisazioni o quantomeno evidenziato limiti di applicazione.

Proprio questi elementi ed il fatto che sia stato ricordato più volte come la valutazione andasse fatta tenendo conto del settore che si analizzava fanno sorgere un

⁶⁷ Sull'evoluzione del LOLR durante la crisi si veda in particolare G. OGANESYAN, *The changed role of the Lender Of Last Resort: crisis responses of the Federal Reserve, European Central Bank and Bank of England*, Institute for International Political Economy Berlin, Working paper n.19/2013.

⁶⁸ G. DI GASPARE, *Teoria e critica...*, op. cit., 303.

interrogativo più generale relativo all'esistenza, nel quadro attuale, di una nozione di aiuto di stato unitaria in grado di trovare identica applicazione in tutti gli ambiti.