

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 23 - giugno 2021

IL CASO TERCAS E LA SENTENZA DIRIMENTE DELLA RECENTE CORTE DI GIUSTIZIA

Brunella Russo

IL CASO TERCAS E LA SENTENZA DIRIMENTE DELLA RECENTE CORTE DI GIUSTIZIA^o

Brunella Russo

*Professoressa Associata di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Messina*

Corte di giustizia: Grande Sezione; sentenza del 2 marzo 2021, causa C-425/19 P; Presidente di sezione: K. Lenaerts; Parti: Commissione europea c. Repubblica italiana; Banca Popolare di Bari SCpA, già Tercas-Cassa di risparmio della provincia di Teramo SpA (Banca Tercas SpA); Fondo interbancario di tutela dei depositi; Banca d'Italia (interveniente in primo grado)

Impugnazione - Aiuti di Stato - Intervento di un consorzio di diritto privato tra banche a favore di uno dei suoi membri - Autorizzazione dell'intervento da parte della banca centrale dello Stato membro - Nozione di "aiuto di Stato" - Imputabilità allo Stato - Risorse statali - Indizi che consentono di concludere per l'imputabilità di una misura - Snaturamento degli elementi di diritto e di fatto - Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato interno.

Sommario:

1. Cenni introduttivi
2. Le tappe essenziali della "vicenda" Tercas e l'interpretazione (errata) dell'art. 107, par. 1, TFUE
3. Qualche nota di commento

^oSaggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Cenni introduttivi

L'ultimo atto della complessa vicenda che vede protagonista la Cassa di risparmio della provincia di Teramo S.p.A. è sancito dalla sentenza del 2 marzo 2021 della Corte di Giustizia, la quale nel respingere l'impugnazione da parte della Commissione europea della pronuncia del 2019¹ - con cui il Tribunale di I grado dell'Unione, avvalendosi di un approccio sicuramente più empirico, ne aveva annullato l'interpretazione restrittiva² - dirime una

¹ Cfr., sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 19 marzo 2019, sez. III ampliata. Tale decisione è stata adottata in relazione alle cause riunite, scaturite dai ricorsi presentati dalla Repubblica italiana c. Commissione europea (causa T-98/16); dalla Banca Popolare di Bari SCpA, già Tercas - Cassa di risparmio della provincia di Teramo S.p.A. c. Commissione europea (causa T-196/16) e dal consorzio di diritto privato italiano 'Fondo interbancario di tutela dei depositi' (causa T-198/16) nei confronti della decisione (UE) 2016/1208 della Commissione. Sulla sentenza di primo grado la letteratura è vasta. Per un ampio commento si veda, tra i tanti, ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, 109 ss.; BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, *ibidem*, 2016, 279 ss.; SPADARO, *Aiuti di Stato alle banche. Il Tribunale di primo grado dell'UE apre la strada ad un'interpretazione meno rigorosa da parte della Commissione*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2018, fasc.2, 263-278; BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *federalismi.it*, 2019, n. 8, 2 ss.; DOMENICUCCI, *Il salvataggio di Banca Tercas non è un aiuto di Stato secondo il Tribunale dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 2019, fasc.3, 174 ss.; DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. La sentenza Tercas: Brussels versus Italy?*, in *OIDU*, 2019, n.4, 686 ss.; VIGNINI, *State Aid and Deposit Guarantee Schemes, The CJEU Decision on Tercas and the role of DGSs in banking crises*, in AA. VV., *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia (bancaditalia.it), 2019, n. 85, 9 ss.; TURCHINI, *Salvataggi bancari e aiuti di Stato: il caso Tercas al vaglio dei giudici europei*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2019, n. 2, 226 ss.; FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, 2020, vol. I, Bari, 391 ss.

² Cfr., decisione (UE) n. C (2015) 9526 *final* del 23 dicembre 2015, notificata nella medesima data, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas, pubblicata in *Giurisprudenza comm.*, 2020, II, 205 ss. con nota di M. Lungarella. La decisione, da molti definita controversa, ha finito con il chiedere la condanna della Commissione al pagamento delle spese. Tuttavia, allo scopo di addivenire ad una ricostruzione dell'atteggiamento della Commissione in tema di aiuti di Stato occorre dire che nella vicenda Tercas è prevalso un orientamento di tendenziale chiusura nei confronti del "salvataggio" delle imprese in crisi sul presupposto, definito di *moral hazard*, per cui le imprese, facendo affidamento sulla probabilità di essere poi salvate, possono tendenzialmente avventurarsi in strategie aziendali eccessivamente rischiose e insostenibili, con conseguente indebolimento della disciplina di mercato. Così, Comunicazione della Commissione del 2014 (spec. punto 9) in GUCE C249 del 31 luglio.

questione, alquanto controversa, non senza lasciare qualche zona d'ombra, confermando sostanzialmente la liceità dell'intervento del Fondo a favore della Banca Tercas³.

La pronuncia, posta nel solco di una lunga stagione di salvataggi bancari, intervallata dall'orientamento nettamente opposto sulle misure di sostegno finanziario espresso della Commissione europea nella decisione (UE) n. 9526/2015, impone tuttavia per i suoi contenuti una lettura critica, partendo da due diversi criteri ricostruttivi.

Il primo, sul quale occorre pregiudizialmente soffermarci per introdurre quella che oramai viene definita "vicenda Tercas" è riconducibile all'apparato motivazionale fornito dall'Organo collegiale, il quale ha messo in evidenza, all'epoca dei relativi atti di causa, il difetto di una 'qualificazione' univoca e concordante di aiuto⁴ - peraltro fortemente influenzata dal timore di produrre

³ Cfr., decisione C-425/19 P del 2 marzo 2021 consultabile al link <http://www.dirittobancario.it/news/antitrust-e-concorrenza/tercas-la-corte-ue-conferma-che-non-ci-furono-aiuti-di-stato> Per i primi commenti sulla pronuncia del giudice dell'Unione si veda AGNOLUCCI-BIONDI, *Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato*, in AA.VV, *Annali AISDUE*, 2020, vol. I, 33 ss. (spec. pg.39) ss.; GAMBARO, *Centralità della nozione di aiuto di stato e sviluppi della giurisprudenza europea*, in rivista.eurojus.it, 2021, fasc.1, 77 ss.; CIRCOLO, *Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l'affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità*, *ibidem*, 2021, fasc. 2, 187 ss.

⁴ A seguito della crisi del 2008 si avvia, da parte della Commissione, un processo di modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato; un cambio di strategia che permette di comprendere le varie tappe dell'attuale assetto disciplinare scaturito dall'introduzione della direttiva *BRRD* e che sostanzialmente nasce come regolamentazione d'emergenza (temporanea e derogatoria), costituita da apposite comunicazioni, volta a precisare le modalità di applicazione delle regole sugli aiuti nel contesto della crisi. Una regolamentazione non più fondata sulla lett. c), bensì sulla lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE, secondo cui la compatibilità degli aiuti pubblici si commisura al fatto che siano destinati «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». L'emanazione della *Banking Communication* del 2008 adotta pertanto un approccio più flessibile nella valutazione dei piani di salvataggio dei governi, indicando le misure autorizzabili e i criteri da rispettare in modo da garantire la certezza del diritto e ristabilire la fiducia nei mercati senza incidere negativamente sulla concorrenza. Successivamente nel 2013, con la c.d. *New Banking Communication*, che sostituisce quella precedente e integra le altre Comunicazioni sulla ricapitalizzazione e sulle attività deteriorate, facendo così cessare ufficialmente il primo periodo di deroga, durato ben cinque anni, all'art. 107 del TFUE, per quanto riguarda in particolare il contenuto normativo della suddetta lett. c). Gli aspetti più interessanti di tale ultima Comunicazione consistono tanto nell'introduzione di un quadro più rigoroso e dettagliato di regole e principi sottesi al concetto di aiuti (costituiti per la maggior parte da ricapitalizzazioni delle banche e misure di sostegno alle attività deteriorate, piuttosto che attraverso dazione di garanzie), quanto nella graduale introduzione, sebbene in termini di *soft law*, di un 'principio di ripartizione degli oneri' (c.d. *burden sharing*) - già peraltro introdotto, per la prima volta, nel 2009 con la *Restructuring Communication*, ma successivamente ribadito e ampliato con la Comunicazione del 2013 - che

distorsioni indesiderabili dei meccanismi concorrenziali, in applicazione del *principio di proporzionalità*⁵, e dall'incombente entrata in vigore della *Bank*

si pone come limite esterno rispetto all'intervento pubblico a sostegno delle bancarie in difficoltà. Attraverso tale Comunicazione si avvia una riflessione ed un confronto in seno alla Commissione circa l'opportunità di uscire dall'emergenza, la quale aveva determinato, a partire dal 2008, un atteggiamento permissivo nei confronti degli aiuti di Stato nel settore bancario. Si tornò dunque all'applicazione di criteri molto più restrittivi caratterizzati da un nuovo orientamento che, in particolare, imponeva un'adeguata condivisione degli oneri da parte degli investitori in caso di concessione degli interventi di sostegno alle banche. Sottesa a tale scelta l'esigenza primaria di limitare gli effetti distorsivi dell'intervento il pubblico sul piano concorrenziale: la Commissione avrebbe potuto autorizzare uno Stato membro ad intervenire con risorse pubbliche per sollevare una banca dal dissesto solo dopo che le sue perdite fossero state, in prima battuta, assorbite da azionisti e obbligazionisti subordinati. Cfr., Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (2013/C 216/01), GUUE del 30 luglio 2013, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu>. Si consulti, a quest'ultimo riguardo, CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di stato al settore bancario*, in *Dir. un. eur.*, 2014, n. 4, 742 ss. secondo cui la decisione di ancorare il *legal framework* alla specifica previsione dell'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE ha consentito alla Commissione Europea d'intervenire sul settore finanziario senza pregiudicare la disciplina e la prassi di "diritto comune" in materia di aiuti di Stato alle imprese in difficoltà. L'a. peraltro, fa notare che la scelta di fondarsi sulla lett. c) dell'articolo in esame avrebbe rischiato di compromettere il rigore con cui tale disposizione viene normalmente applicata e che il principio del '*burden sharing*' può essere soddisfatto solo se l'aiuto statale è limitato ai costi strettamente necessari al ripristino della normalità, tenendo conto che le banche devono comunque utilizzare per il risanamento innanzitutto fondi propri; MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in M.P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, 2014, 300; SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e Diritto*, 2017, 297 ss.; FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2010, n. 3, 381 ss. nel precisare come «*il grave turbamento dell'economia*» di un Paese membro (e di tutti gli altri) è ravvisabile proprio nel carattere *sistemico* della crisi, ovvero nella sua idoneità ad estendersi in maniera pervasiva e contagiosa a tutti i segmenti di mercato.

Si citano inoltre, in materia di aiuti di Stato, le riflessioni formulate da GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, 1 ss.; MEROLA, *La politica degli aiuti di Stato nel contesto della crisi economico finanziaria: ruolo e prospettive di riforma*, in G. COLOMBINI - M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, 2012, 224 ss.; DELL'ATTI *Gli aiuti di stato alle banche in tempo di crisi*, in *Conc. merc.*, 2012, 586 ss.

⁵ Tale principio trova il suo fulcro nell'interesse (di rilievo pubblicistico) a garantire la continuità di esercizio dell'attività bancaria in funzione della stabilità complessiva del sistema creditizio e finanziario, avendo però cura di minimizzare le esternalità negative e l'incisione delle regole concorrenziali. Per tutti, CELATI, *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi: divieto di aiuti di stato e principio di proporzionalità*, in *Riv. Diritto Bancario*, 2020, II, 293-355 (in part., 295). In merito alla centralità dello stesso principio nella gestione delle crisi

*Recovery and Resolution Directive*⁶, responsabile del radicale mutamento in ordine alla risoluzione delle crisi bancarie per cui si ritiene il costo del risanamento non più “ribaltabile” all’esterno ma sopportato, in primo luogo, all’interno della banca (innanzitutto da azionisti e obbligazionisti subordinati). Nonché da un quadro d’interventi tra i più frastagliati ed eterogenei tanto che la Commissione Europea è stata tacciata più volte di assumere decisioni opposte (se non eclatanti come nella vicenda in commento) in merito alla gestione delle rischiosità del credito e dei suoi relativi impatti sulla redditività e adeguatezza patrimoniale delle banche.

Ma ancor più in quanto il profondo cambiamento degli orientamenti della Commissione ha impedito, nei fatti, il salvataggio da parte del FITD delle quattro Casse di Risparmio (Etruria, Chieti, Ferrara e Marche) provocandone la risoluzione e, di conseguenza, il più complesso caso di *bail-in* europeo della storia finanziaria recente⁷. E sempre in quegli anni, e in modo decisamente

bancarie, cfr., per tutte, la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia, Grande Sez., del 19 luglio 2016, n. 526, causa C-516/14, *Banka Slovenije*, (rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale della Slovenia e nota anche come «caso Kotnik», dal nome della parte ricorrente) con il commento di FERRERO, *La risoluzione delle crisi bancarie e gli aiuti di Stato: alcune riflessioni sui principi delineati dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, n. 6, 1591 ss.

⁶ Cfr., direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, nota con l’acronimo di *BRRD*, consultabile al sito www.eur-lex.europa.eu. L’entrata in vigore in Italia è avvenuta il 1° gennaio 2016 mediante d. lgs. n.180 del 16 novembre 2015.

Si rammenti che i principi contenuti nella direttiva in parola trovano una loro iniziale affermazione nella Comunicazione della Commissione Europea, c.d. *Banking Communication* (2013/C 216/01). La direttiva, nel prevedere il meccanismo del *bail-in*, sostanzialmente conferma il principio del prioritario “sacrificio” degli azionisti e obbligazionisti della banca (*Considerando* n.50 della direttiva *BRRD*). Per alcune riflessioni critiche a seguito dell’introduzione della direttiva (altrimenti detta “*Direttiva Bail-in*”), voluta fortemente da alcuni Stati tra cui la Germania, si veda WILSON, *L’esperienza Lehman e la nascita del bail-in* consultabile al sito www.credit-suisse.com del 9 aprile 2015; FIORDIPONTI, *Le aspettative restitutorie degli azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2016, n. 2, 530 ss.; CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Torino, 154 ss.; BOGGIO, *Bail in all’italiana: la good bank risponde dei danni causati agli azionisti “azzerati”*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, n. 5, 580 ss.

⁷ La fase congiunturale legata allo scoppio dei *subprime* americani ha delineato un quadro d’interventi tra i più frastagliati ed eterogenei tanto che la Commissione Europea è stata tacciata più volte di assumere decisioni opposte in merito alla gestione delle crisi bancarie.

Ci si riferisce, in particolare, al salvataggio di Banca Tercas con riguardo alla decisione assunta dalla Commissione in relazione all’utilizzo del FITD per la ricapitalizzazione dell’istituto di credito; alla risoluzione delle quattro casse di risparmio avvenuta nell’autunno del 2015; al rilascio di una garanzia pubblica (c.d. GACS) per la gestione, o meglio, per la cessione dei crediti deteriorati (NPL) concessa dalle autorità europee in luogo della creazione di una *bad bank* di sistema. Ma ancora alla costituzione del fondo Atlante nato come soluzione

mercato, delle due banche venete anch'esse interessate da bilanci in perdita, costituendo per lo Stato italiano una vicenda piuttosto tortuosa e costosa a causa delle difficili trattative di cessione delle popolari venete alla banca Intesa Sanpaolo⁸.

privata, ma avente ben precise finalità pubbliche per sostenere le banche italiane in un momento di particolare difficoltà gestionale, per passare infine allo strumento della 'ricapitalizzazione precauzionale' impiegato per soccorrere il MPS e l'attivazione del *liquidation aid* per risolvere la crisi di Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza. Per i primi commenti al riguardo sia consentito il rinvio a RUSSO, *Incentivi alla gestione dei crediti deteriorati: lo schema di garanzia GACS e l'attività dei Fondi Atlante*, in *Dir. banc. merc. finz.*, 2018, 225-274. Sul carattere necessitato che connota il fondo Atlante a fronte delle restrizioni imposte dalla Commissione europea alla concessione di aiuti pubblici si veda CAPRIGLIONE, *Una cura inadeguata per i mali del sistema bancario italiano: il Fondo Atlante* in www.dirittobancario.it del 3 maggio 2016, 2 ss. Secondo l'a., nel momento più cruciale del sistema bancario italiano recente si è avvertita la necessità di individuare nuove strumentazioni che consentissero forme interventistiche di iniziativa privata non suscettibili di essere sottoposti al vaglio delle competenti istituzioni europee.

⁸ La rigidità della Commissione UE costrinse il governo italiano, nel novembre del 2015, a decretare in tutta fretta la risoluzione delle quattro banche locali (Etruria, Marche, Chieti, Ferrara), ponendo costi a carico degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati delle banche stesse. L'impatto sull'opinione pubblica fu tale da costringere poi il governo a prevedere il "ristoro" dei detentori di obbligazioni subordinate. Per la qualificazione quali ipotesi di aiuti di Stato degli interventi del FITD a favore di Cassa di risparmio di Ferrara, Banca delle Marche e Banca Etruria, si veda, in particolare, RISPOLI, *La soluzione della crisi delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, in *Innovazione e Diritto*, 2018, n. 2, 1 ss.; SICLARI, *Il caso delle «banche Venete» e i criteri di scelta tra risoluzione e liquidazione coatta amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2017, n. 3, 124 ss.; PELLEGRINI, *Il caso delle banche Venete: le contraddittorie opzioni delle Autorità europee e la problematica applicazione degli aiuti di Stato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, n. 3, 107 ss.; ROSSANO, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2017, n.3, 93 ss.; BENTIVEGNA, *Il ruolo (incerto) dei sistemi di garanzia dei depositanti nel nuovo regime*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, 461 ss.; CAPRIGLIONE, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, n. 2, 1 ss.; MESSINEO, *Il provvedimento «salva-banche»: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *QC*, 2016, n. 1, 102 ss.; RAGANELLI, *Crisi bancarie e giustizia europea*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, 439 ss.; ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, 315 ss. anche per l'ampia analisi degli interventi da parte degli schemi di garanzia precedenti la decisione della Commissione 23 dicembre 2015. Vale la pena ricordare, a tal proposito, come prima della decisione della Commissione UE del 23 dicembre 2015, il MEF aveva ricevuto la risposta ai quesiti preventivi posti alla stessa Commissione relativamente alla natura degli interventi programmati con l'ausilio del FITD a favore degli istituti di credito in parola. L'Organo collegiale, in linea con le considerazioni a fronte dell'apertura del procedimento contro l'Italia (ai sensi dell'art. 108, co. 2, T FUE) si esprime, relativamente agli interventi già effettuati a favore di Banca Tercas (procedimento che si sarebbe in breve concluso con la decisione del dicembre 2015 qui citata), ritenendo gli interventi programmati a favore di dette banche come «*illegittimi aiuti di Stato*». Cfr., Commissione Europea, lettera del 19

Tant'è che le criticità venute in rilievo a seguito di detta vicenda hanno spinto, nel contesto regolamentare e interpretativo incerto sopra descritto, a riflettere sull'opportunità di rivedere numerosi aspetti della disciplina della gestione delle crisi bancarie principalmente in relazione ai legami dei sistemi nazionali di garanzia (non più da considerare in veste marginale ma con un preciso ruolo di primaria importanza) con la direttiva *BRRD* e i suoi '*resolution tools*'⁹ al fine di superare quelle disarmonie messe in luce dal caso di specie¹⁰.

Il secondo criterio, del quale si parlerà più diffusamente nelle note finali, attiene alla mancata presa di posizione della Corte di fronte alle pretese risarcitorie a lungo disattese e che si riteneva potessero trovare finalmente pieno accoglimento.

Sulla scorta di quanto si dirà, la prassi ha insegnato come la giustizia europea molto difficilmente abbia riconosciuto, nel corso di questi anni, il

novembre 2015 inviata al Ministro dell'Economia e delle Finanze italiano a firma di J. Hill e M. Vestager. In essa sostanzialmente si legge che il ricorso a un sistema di garanzia dei depositi per ricapitalizzare una banca, ai sensi dell'art. 11, par. 3, della direttiva 2014/49 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, era soggetto all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato. Pertanto, secondo tale lettera «[...] qualora si ravvisi che il ricorso a un simile sistema implica la concessione di un aiuto di Stato, la risoluzione di una banca dovrà essere programmata in osservanza della direttiva 2014/59 (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014), relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, la quale qualifica qualsiasi "sostegno finanziario pubblico straordinario" come aiuto di Stato, fornito per mantenere o ripristinare la solidità, la liquidità o la solvibilità di un ente». Di conseguenza, si applica la condizionalità a norma di quest'ultima direttiva. Si rinvia all'indirizzo http://www.mef.gov.it/inevidenza/article_0184.html.

⁹ Attraverso la *BRRD* si introduce un articolato, e per molti versi inedito, insieme di regole volte a disciplinare, oltre che istituti funzionali a prevenire la crisi degli intermediari (si pensi ai piani di risanamento e ai piani di risoluzione ancorché a questi stessi fini rispondono pure le misure di intervento precoce), strumenti di risoluzione '*resolution tools*' rappresentati dalla vendita dell'attività d'impresa (*sale of business*), dalla vendita dell'attività a un ente ponte (*bridge bank*), dal trasferimento di *assets*, diritti e debiti a un '*asset management vehicle*' di proprietà pubblica (*asset separation*) e infine dal nuovo istituto del *bail-in*.

¹⁰ Per i primi commenti in merito, cfr., Così, BENTIVEGNA, *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 *RTDE*, 2015, Suppl. n. 3, 25 ss.; CERCONE, *Commento sub articolo 96-bis TUB*, in *Commentario al TUB* di F. Capriglione (a cura), 2018, 1376-1377; COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca, Impresa, Società*, 2019, 183 ss. (specie 194) per il quale, una volta constatato che il procedimento di risoluzione, apportato dalla *BRRD*, sacrifica il risparmio all'interesse pubblico nella misura in cui comporta la conservazione in vita delle funzioni della banca, conclude affermando che «il *bail-in* costituisce una violazione, consentita, della norma costituzionale (art. 47) che tutela e incoraggia il risparmio».

risarcimento dei danni, e dunque la responsabilità *extracontrattuale* della Commissione, a seguito di alcune posizioni giudiziali piuttosto discutibili.

Questo dal momento che non è facile dimostrare il nesso di causa-effetto - ovvero il legame funzionale tra l'interpretazione restrittiva dall'Antitrust e il pregiudizio dedotto - e conseguentemente «... *l'individuazione dei destinatari di tali misure, tra i quali la categoria più problematica costituita proprio dagli stakeholders*»¹¹.

I fatti salienti della vicenda sono certamente noti anche per via di uno schieramento unanime della dottrina e di una certa stampa nazionale¹² verso un caso giuridico censurabile, con ricadute drammatiche su azionisti e obbligazionisti della banca e, più in generale, sulla fiducia dei risparmiatori che ha segnato, senza alcun dubbio, il corso degli eventi successivi legati alla gestione dei crediti deteriorati di molte delle banche italiane¹³: su di esso,

¹¹ Testualmente, DOLMETTA - LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari*, in Riv. Diritto Bancario, 2021, 4.

¹² Si citano alcuni dei più significativi articoli apparsi sui principali giornali italiani a seguito della pronuncia dei giudici di Lussemburgo, tra cui SERAFINI, *Salvataggi bancari, dalla Corte UE spallata al bail in*, reperibile all'indirizzo www.argomenti.ilsole24ore del 3 marzo 2021; MASSARO, *Banche: Tercas, secondo la Corte di Giustizia UE l'Italia poteva salvare gli istituti con il fitd*, in corriere.it del 2 marzo 2021; MANCINI, *Le 4 banche non dovevano fallire. Corte UE smentisce Bruxelles*, ilMessaggero.it del 2 marzo 2021; ANTONELLI, *Corte Ue conferma clamoroso errore Bruxelles su Tercas. Danni per 60 miliardi, con tanto di beffa: Banca Etruria & Co avrebbero potuto essere salvate* in finanzaonline.com del 3 marzo 2021; SCOTTI, *Tercas e le '4 banche' sul lastrico. Quando l'Europa è gretta e retriva* in affaritaliani.it del 3 marzo 2021.

¹³ La vicenda di Banca Marche si incunea in quel quinquennio nefasto d'interventi (e pronunce) da parte della Commissione Europea che vede al centro del complesso dibattito giurisprudenziale il caso della Banca Tercas. Esso rappresentò al tempo un *unicum* nella storia bancaria italiana, poiché posta in liquidazione coatta amministrativa a novembre 2015 con un intervento a dir poco singolare (una repentina operazione di *maquillage*) fu rifondata a partire dal giorno successivo come 'good bank', con la nuova denominazione di Nuova Banca delle Marche S.p.A. (Nuova Banca Marche). Il Tribunale europeo respinse il primo ricorso presentato dalle fondazioni azioniste (Fondazione Cassa di Risparmio di Pesaro, Montani Antaldi Srl, Fondazione Cassa di Risparmio di Fano, Fondazione Cassa di Risparmio di Jesi, Fondazione Cassa di Risparmio della provincia di Macerata) contro la Commissione Europea che secondo le stesse aveva impedito, per mezzo di pressioni illegittime esercitate sulle autorità italiane, il salvataggio mediante la ricapitalizzazione di Banca delle Marche da parte del FITD sul presupposto della sussistenza di un aiuto di Stato illecito. Il 30 giugno 2019, il Tribunale dell'Unione europea ha chiuso le porte alla possibilità per gli azionisti della banca risolta, di vedersi riconosciuta una possibile azione verso l'Esecutivo della Ue «*in quanto non ritenuta responsabile di aver impedito il suo salvataggio*». Si legge nella sentenza, nello specifico, come spettasse «*[...] alle ricorrenti dimostrare l'esistenza di un rapporto di causa-effetto sufficientemente diretto tra il comportamento delle istituzioni dell'Unione e il danno*». Insomma, si sarebbe dovuto dimostrare che il comportamento addebitato alla Commissione

infatti, ha pesato l'errore di diritto della Commissione di aver giudicato “aiuto di Stato” l'intervento del FITD a favore di Tercas, ancorché le risorse utilizzate per il salvataggio provenissero da «*soggetto privato, dotato di autonomia decisionale e finanziaria, che reperisce le risorse necessarie per il proprio funzionamento e per l'effettuazione dei propri interventi dalle contribuzioni delle banche aderenti*»¹⁴.

I rilievi sollevati dalla Commissione del 2015, si fondavano essenzialmente sull'attribuzione della natura di “risorsa statale” ai fondi impiegati dal FITD, ritenendo pertanto tale sostegno *incompatibile e illegittimo*¹⁵ in quanto avvenuto in esecuzione di un «mandato pubblico», *ex*

fosse la causa determinante del danno, una dimostrazione sostanzialmente disattesa che ha poi portato i giudici a rigettare le richieste. Cfr., Tribunale Ue del 30 giugno 2021 causa T-635/19 azionisti della Banca Marche c. Commissione europea, rappresentata da P. Stancanelli, I. Barcew, A. Bouchagiar e D. Recchia (in qualità di agenti). In dottrina, si rinvia all'articolo di CRISCIONE, *Banche Commissione Ue «assolta» per la Marche*, in *Il Sole 24 Ore - PLUS24* del 14 luglio 2012, 13 ss. Ripercorrendo gli sviluppi successivi dell'istituto marchigiano si rammenta come esso a maggio 2017, insieme a Nuova Banca Etruria e Nuova CariChieti, dopo la vendita dei crediti in sofferenza e in incaglio al Fondo Atlante, sono state cedute a UBI Banca al prezzo simbolico di 1 euro. A partire dal 7 settembre 2017, Nuova Banca Marche ha cambiato denominazione sociale in Banca Adriatica S.p.A. e il 23 ottobre 2017 Banca Adriatica S.p.A e la sua controllata CARILO - Cassa di Risparmio di Loreto S.p.A. sono state fuse in UBI Banca S.p.A. Cfr., FERRANDO, *Ubi compra Banca Marche, Etruria e CariChieti. Ad Atlante 2,2 miliardi di crediti deteriorati*, in *Il Sole 24 Ore - PLUS24* del 10 maggio 2017; ID., *Ubi chiude l'acquisizione delle tre good bank, ibidem*; BOGGIO, *Bail in all'italiana: la good bank risponde dei danni causati agli azionisti “azzerati”*, *op.cit.*, 583 ss.

¹⁴ Cfr., co. 4 dell'art. 96 TUB, il quale precisa che «...[i] sistemi di garanzia hanno natura di diritto privato» e art.1 dello Statuto del FITD, approvato dall'Assemblea Straordinaria delle Consorziato l'11 dicembre 1996 e modificato dall'Assemblea Straordinaria il 26 marzo 1997. Ultima modifica 26 febbraio 2021. L'art.1 recita «*Il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi è un consorzio di diritto privato tra banche, avente lo scopo di garantire i depositanti delle banche consorziate. Le risorse finanziarie necessarie per il perseguimento delle finalità del Fondo sono fornite dalle consorziate, in conformità alle disposizioni della legge e dello Statuto*».

¹⁵ L'opzione legislativa adottata dalle autorità politiche dell'UE è stata nel senso di riservarsi, attesa l'elevata connotazione pubblicistica, la disciplina della adesione ai sistemi di garanzia, dell'obbligatorietà degli interventi, dell'identificazione dei destinatari del rimborso così come del contenuto dei termini e delle condizioni del rimborso medesimo. I restanti profili, per lo più attinenti a struttura e organizzazione dei sistemi di garanzia, rimangono affidati a scelte e opzioni di ordine imprenditoriale. Nell'esperienza italiana, tale discrezionalità si è tradotta, pure in ragione dell'assenza dello scopo di lucro, nella scelta per la forma giuridica del consorzio di diritto privato (art. 2602 c.c.). Guardando al FITD e al FGDC, si tratta, in particolare, di consorzi esterni ove è prevista l'assunzione da parte del consorzio di rapporti giuridici anche nei confronti di terzi, e ove i rapporti di scambio sono sempre comunque espressione dell'interesse delle banche consorziate. Sul tema, si veda BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria*, Bari, 2018, 326 ss. Testualmente l'a. afferma che «*il*

art. 96-*bis* TUB. Conseguenza questa che ha poi portato a condannare la Banca Tercas alla restituzione degli aiuti versati¹⁶.

Dopo qualche anno, su istanza delle parti in causa sostenute dalla Banca d'Italia, il Tribunale dell'Unione, a sua volta, ha rigettato la decisione dell'Organo di governo europeo considerando l'intervento di sostegno, a favore di uno dei membri del Fondo, non costitutivo di un «*aiuto concesso da uno Stato*» e, pertanto, non annoverabile fra quelli vietati, ai sensi dell'art. 108, co. 3 del TFUE.

Il Tribunale, a tal proposito, ribadiva l'errore di prospettiva della Commissione Ue nei confronti di una vicenda italiana non tanto dissimile da altre che in quell'arco di tempo - dalla crisi dei *subprime* in poi, per intendere, - avevano interessato altri ordinamenti europei¹⁷, richiamando a sostegno una nota dell'Organo di vigilanza, depositata dalle ricorrenti, nella quale si riferiva che «*l'atteggiamento degli uffici della Commissione rimase pervicacemente di rifiuto dell'intervento del Fitd, anche in una forma con burden sharing [con ripartizione degli oneri], che avrebbe comunque consentito una soluzione molto meno traumatica di quella infine prevalsa*»¹⁸.

vantaggio mutualistico è, in questo caso, un beneficio che si concretizza in termini economici in capo a ciascun partecipante; ma ciò è cosa ben diversa dalla remunerazione del capitale investito, che invece contraddistingue le vere e proprie società con scopo di lucro».

¹⁶ A seguito della dichiarazione di illegittimità dell'intervento operato dal FITD da parte della Commissione, Banca Tercas ha dovuto quindi restituire gli importi di cui aveva beneficiato al Fondo che, previa restituzione alle banche aderenti dei corrispondenti contributi effettuati. Quest'ultimo ha provveduto ad apportarli nuovamente in conformità, questa volta, a uno schema volontario di adesione, nel frattempo costituito presso lo stesso FITD (con modifica dello Statuto attuata con deliberazione del 26 novembre 2016 al fine di consentire, per le stesse finalità di cui all'art. 96-*bis*, co. 1-*bis*, lett. d) TUB, il superamento del dissesto o del rischio di dissesto, interventi a carattere volontario). L'indirizzo della Commissione UE è stato quello di ritenere indispensabile, per poter realizzare l'intervento a favore di Banca Tercas, l'istituzione di uno schema volontario.

¹⁷ Si veda, per tutti, HIRTE - PRASS, *Fondo di tutela dei depositanti vs. fondo di tutela dell'istituto. L'esperienza tedesca (con un cenno a quella austriaca)*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2014, I, 10 ss. Inoltre, si rinvia alle tre decisioni della Commissione in tema di *SGD* e aiuti di Stato richiamate nella sentenza Tercas. In particolare, decisione n. SA.33001 (2011/N) del 1° agosto 2011: Danimarca - Parte B - Modifica del sistema danese di liquidazione degli enti creditizi [C(2011) 5554 final]; decisione n. SA.34255 (2012/N) della Commissione del 30 maggio 2012: Spagna - Ristrutturazione di CAM e Banco CAM - [C(2012) 3540]; e decisione della n. SA.37425 (2013/N) Commissione del 18 febbraio 2014: Polonia — Regime di liquidazione ordinata delle cooperative di credito [C(2014) 1060 final].

¹⁸ È d'uopo ricordare che la Commissione imputava allo Stato italiano la mancata aderenza a tale nuovo corso. Infatti ne lamentava tanto la mancata presa visione di un 'piano di ristrutturazione' (nonostante la richiesta formale rivolta all'Italia) - il che fece ritenere alla stessa - non soddisfatto il criterio, stabilito dalla Comunicazione sul settore bancario del 2013,

Tale sentenza dei Giudici dell'Unione è certamente importante per molte ragioni, poiché, al di là del fatto che essa “smonta” per intero l'impianto ricostruttivo della Commissione, asseritamente illegittimo - poggiante, secondo un'interpretazione estensiva della norma, sulla semplice equazione (: intervento del FITD/aiuto di Stato/*bail-in*) - ne convalida il principio secondo cui la misura preventiva e alternativa di un sistema di garanzia dei depositi, per sua natura e per gli scopi che esso si prefigge, non costituisce aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno, a meno che la Commissione non dimostri *adeguatamente* che le autorità pubbliche esercitino un controllo effettivo sulle operazioni¹⁹.

In questa cornice contrapposta - e non senza suscitare una comprensibile eco di apprezzamento in quanto sancisce un importante punto fermo nell'interpretazione della nozione di aiuti nel settore bancario - si pone la sentenza della Corte di giustizia dello scorso marzo la quale, nel riconoscere il ruolo assegnato agli organismi nazionali nell'ambito del nuovo quadro di gestione delle crisi degli enti creditizi²⁰ definisce i principi secondo i quali un sistema di garanzia dei depositi nazionale può intervenire per risanamento degli istituti in dissesto senza violare il sistema regolatorio europeo sugli aiuti di Stato. Soprattutto, dalla sentenza emergono nuove possibilità per la

del ripristino della redditività a lungo termine dell'impresa - quanto l'assenza del 'principio di ripartizione degli oneri' per quanto riguarda i creditori subordinati, per i quali, non sarebbe stata effettuata la conversione o svalutazione dei prestiti, diversamente dagli azionisti.

¹⁹ Al punto 59 della sentenza in commento, la Corte ha dichiarato, in ordine all'imputabilità di una misura allo Stato «[...] che essa non può essere dedotta dal solo fatto che detta misura sia stata adottata da un'impresa pubblica. Infatti, anche nel caso in cui lo Stato sia in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza determinante sulle sue operazioni, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto. È altresì necessario verificare se si debba considerare che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione di tale misura». Per meglio comprendere, si rinvia alle sentenze del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99, EU:C:2002:294, punti da 50 a 52; del 23 novembre 2017, SACE e Sace BT/Commissione, C-472/15 P, non pubblicata, EU:C:2017:885, punto 34, e del 10 dicembre 2020, Comune di Milano/Commissione, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, punto 46.

²⁰ Così come disegnato dal legislatore europeo con riguardo ai sistemi di garanzia dei depositi (*Deposit Guarantee Scheme - DGS*) a seguito delle direttive 2014/59/UE e 2014/49/UE. Cfr., Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (16G00038), attuata nel nostro ordinamento con d. lgs. n.30 del 15 febbraio 2016. Pubblicato in G.U. dell'8 marzo 2016.

gestione delle crisi delle banche italiane di ‘minore dimensione’, cui possono essere consacrate le misure preventive e alternative dei fondi di garanzia. Lo stesso Presidente del Consiglio ha avuto modo di ribadire che «*l’Italia [si batte] in sede europea per trovare una modalità per affrontare le crisi bancarie evitando una liquidazione atomistica ... [essa] lo ha fatto con successo presso la Corte di Giustizia Europea, la cui recente sentenza Tercas riapre la strada per l’uso di uno strumento nazionale nella gestione delle crisi di banche di ‘minore dimensione’*»²¹.

Una decisione, dunque, di grande rilievo che fornisce una diversa prospettiva di analisi del nuovo quadro normativo e che risulta destinata a orientare significativamente le future decisioni della Commissione in materia, consentendo di sviluppare strumenti utili e aprire rinnovati spazi di manovra per i fondi nazionali di garanzia dei depositi per lungo tempo considerati alla stregua di “aiuti”.

L’esperienza infatti ha evidenziato, soprattutto a seguito del modificato approccio europeo alla soluzione delle crisi bancarie, a far data dal 2013, ovvero subito dopo l’adozione del Regolamento 575/2013 (CRR) e della Direttiva 2013/36/UE (CRD IV), come i sistemi di garanzia dei depositanti potessero rappresentare - in misura strettamente speculare - soluzioni valide per la gestione delle criticità bancarie non sistemiche e garantire impatti meno traumatici sul sistema e sulla collettività²². Entrambi i provvedimenti, unitamente al coevo recepimento dalla direttiva DSGD²³, con il loro

²¹ Intervento del Presidente Giuseppe Conte al Senato del 12 aprile 2019.

Quest’impostazione supera la concezione europeista legata “alla taglia degli enti in dissesto” che aveva portato la disciplina comunitaria, in precedenza, a ritenere i meccanismi di risoluzione funzionalmente operanti con riguardo, in particolare, alle istituzioni finanziarie globali di rilevanza sistemica. Si rinvia più opportunamente per l’acutezza dei rilievi a BROZZETTI, «*Ending of too big to fail» tra soft law e ordinamento bancario europeo. Dieci anni di riforme*, Bari, 2018, 24 ss.

²² Cfr., direttiva, recepita in Italia con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 49 che modifica pertanto l’art. 96-*bis* TUB e amplia il livello di copertura dei depositi. In questo nuovo contesto normativo si afferma, tra l’altro, il principio del c.d. “minor onere” traducibile, in buona sostanza, nel minor costo per il FITD.

Si vedano i commenti rispettivamente di 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, 275 ss.; STANGHELLINI, *Tutela dell’impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca, Impresa e società*, 2018, 421 ss.; BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the Italian model*, in *Quaderni di Ricerca giuridica della Banca d’Italia*, 2011, 71 ss.

²³ Il recepimento dei principi posti da DSGD, avvenuto con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30 in conformità al quadro normativo ampiamente modificato da BRRD e dai due d.lgs. n.180 e 181 del 16 novembre 2015 di attuazione, ha comportato, rispetto alla disciplina in precedenza

complesso di principi e regole (straordinari, nell'insieme, in termini di rapidità ed efficienza per la gestione delle crisi degli intermediari) hanno finito con l'incidere tanto sulle modalità d'intervento (ampliandone il raggio d'azione) quanto sulla loro struttura organizzativa e sulla *governance*²⁴ - cui tuttavia ha fatto da contraltare, come la vicenda dimostra, un atteggiamento piuttosto miope da parte della Commissione Europea - vuoi anche per via di una posizione rigorosa assunta dall'Antitrust europeo sull'azione degli schemi di garanzia - condizionando inevitabilmente una stagione particolarmente delicata per la gestione critica dei bilanci degli enti creditizi italiani.

Dunque, ritornando alla recente pronuncia della Corte, si afferma nelle sue motivazioni che il Tribunale ha correttamente dichiarato l'insufficienza degli indizi presentati dalla Commissione in quanto da ritenersi non idonei a dimostrare un possibile esercizio di un' "influenza dominante", da parte delle autorità pubbliche sul Fondo, o l'esistenza di possibili incroci partecipativi. L'accertamento del Tribunale, secondo i giudici di Lussemburgo, avveniva sulla base dell'analisi di tutti gli indizi presi in considerazione dalla Commissione, collocati nel loro contesto, e quindi conformemente alla regolare applicazione del diritto dell'UE in materia di aiuti di Stato, indipendenza dei regolatori, normativa sui salvataggi delle aziende di credito, e, non ultima, di tutela del risparmio.

2. Le tappe essenziali della “vicenda” Tercas e l'interpretazione (errata) dell'art.107, par.1, TFUE

La questione era sorta nel 2013, come riportato, quando la Banca Popolare di Bari manifestò l'intenzione a sottoscrivere un aumento di capitale riservato dell'istituto già commissariato a seguito d'irregolarità constatate dall'organo di vigilanza - a condizione che fosse eseguita un'analisi preliminare (*due diligence*) su tale banca.

Il 30 aprile 2012, su proposta della Banca d'Italia, il Ministro dell'Economia e delle Finanze decretava la messa in amministrazione straordinaria. Il commissario straordinario, pure in ragione dell'ingente deficit patrimoniale accumulato dalla banca, valutava, tra le diverse opzioni, la

riservata ai sistemi di garanzia, un significativo ampliamento del quadro normativo che ora dedica specifiche norme operative, contenute agli artt. 96-96-*quater*.4 del TUB.

²⁴ Si richiamano, a tal proposito, gli scritti di ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, *op.cit.*, 106 ss.; BOCCUZZI, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie*, in *Bancaria*, 2016, IV, 2-16.

disponibilità della Banca Popolare di Bari S.C.p.A. a intervenire a sostegno di Banca Tercas subordinando tale incremento capitale all'elisione totale delle passività riscontrate da parte del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi.

Tra le condizioni poste dalla Popolare di Bari per tale operazione vi era, infatti, la richiesta di copertura della posizione patrimoniale deficitaria della Tercas, nonché la realizzazione di una revisione dei conti della stessa. Alla luce di ciò, il FITD - in linea con le norme dell'ordinamento europeo, in particolare con quanto disposto dalla suddetta direttiva DGSD la quale non prescrive alcun divieto in ordine a interventi su base volontaria dei Fondi²⁵, funzionali al superamento «*dello stato di dissesto o rischio di dissesto*»²⁶, -

²⁵ Ai sensi degli artt. 83, 96, 96-*bis* e 96-*ter* del TUB, il FITD è un consorzio di diritto privato tra banche e di tipo mutualistico i cui organi rappresentano i suoi membri e non i pubblici poteri. Esso dispone della facoltà d'intervenire a favore dei suoi membri, non solo a titolo di garanzia legale dei depositi prevista in caso di liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri (intervento obbligatorio), ma anche su base volontaria, conformemente al suo statuto, se tale intervento consente di ridurre gli oneri che possono risultare dalla garanzia dei depositi gravante sui suoi membri (interventi facoltativi, tra cui l'intervento facoltativo di sostegno o preventivo). Per ulteriori riferimenti normativi, cfr., d. lgs. n.659/1996 rubricante "Recepimento della direttiva 94/19/CEE sui sistemi di garanzia dei depositi"; d. lgs. n.49/2011 "Attuazione della direttiva 2009/14/CE, che modifica la direttiva 94/19/CE, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso".

²⁶ Cfr., d.lgs. 15 febbraio 2016, n.30 in attuazione della direttiva 2014/49/UE relativa ai Sistemi di garanzia dei depositi (DGSD) e art.

96-*bis* TUB. In particolare, ai sensi del *Considerando* n.16 della DGSD «*[un] SGD, ove consentito dal diritto nazionale, dovrebbe poter anche andare oltre la 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 altri effetti negativi. [...] Tra l'altro, gli SGD dovrebbero essere dotati di sistemi e procedure appropriati per la scelta e l'esecuzione di tali misure, nonché il monitoraggio dei rischi affiliati. L'esecuzione di dette misure dovrebbe essere soggetta all'imposizione di condizioni all'ente creditizio comprendenti almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e più ampi diritti di controllo per gli SGD. I costi delle misure adottate per evitare il fallimento di un ente creditizio non dovrebbero superare i costi di adempimento dei mandati statutari o contrattuali del rispettivo SGD per quanto riguarda la protezione dei depositi coperti presso l'ente creditizio o l'ente stesso*». Sui SGD, si vedano i numerosi contributi di MACCARONE, Presidente del FITD, tra cui *Il sistema di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, Relazione al Convegno "Meccanismo unico di Risoluzione: sfide ed opportunità per il sistema bancario italiano", Siena, 2016, 10 ss., reperibile all'indirizzo www.disag.unisi.it; *I fondi di garanzia dei depositanti come strumento di vigilanza*, in AA.VV., Scritti per Franco Belli, Atti del Convegno di Siena del 9-10 maggio 2013; *Sistema creditizio e finanziario: problemi e prospettive*, Pisa, 2014, 115 ss.; *I fondi di garanzia dei depositanti come strumento di gestione delle crisi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n.4/2013, 610 ss.; *Sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, in BELLI - CONTENTO - PATRONI GRIFFI - PORZIO - SANTORO (a cura di), vol. II, Bologna, 2003, 1625 ss. Interessanti appaiono anche le considerazioni del Presidente del Fondo a seguito della sentenza

dopo averne verificato la convenienza economica, rispetto al rimborso dei depositanti di Banca Tercas, era quindi intervenuto nel 2014 mediante un'azione di risanamento in via preventiva, approvato dalla Banca d'Italia, con copertura delle perdite e concessione di garanzie²⁷.

Fu subito rilevato comunque che l'intervento valutativo dell'organo di vigilanza (circa la congruità e l'idoneità a conseguire l'obiettivo proposto di stabilizzazione della banca e, quindi, di stabilità sistemica) benché conforme alle disposizioni dell'allora vigente art. 96-ter, co.1, lett. d) TUB, non sembrava aver tenuto conto delle incertezze relative all'assetto economico-patrimoniale dell'istituto creditizio - emerse dall'analisi preliminare sugli attivi di Tercas richiesta da BPB - né alle proporzioni degli oneri fiscali spettanti alla stessa Popolare di Bari e al FITD e che furono risolte poi con un arbitrato. Ciò nonostante, agli inizi di luglio 2014 fu deliberato, in occasione di un'Assemblea generale degli azionisti di Tercas, di coprire parzialmente le

della Corte di giustizia in cui si evidenziano i maggiori costi determinati dall'intervento restrittivo della Commissione, cosicché il salvataggio delle quattro Casse di Risparmio è costato una cifra di gran lunga superiore (4,8 miliardi) rispetto a quella ipotizzata utilizzando le risorse messe a disposizione dal FITD (2,2 miliardi). I costi, si fa inoltre notare, non sono stati minori per le vicende relative alle banche venete, a Banca Carige e a Monte Paschi (stimati in 20 miliardi di euro). In quest'ultimo caso la crisi dell'istituto senese è rimasta a lungo sospesa tra ricapitalizzazioni «di mercato» e l'alternativa dell'intervento diretto dello Stato, che si è infine realizzato attraverso lo strumento della ricapitalizzazione precauzionale. Per approfondimenti sullo strumento della ricapitalizzazione precauzionale nella vicenda della banca senese si veda GIUNTA - ROSSI, *Che cosa sa fare l'Italia. La nostra economia dopo la grande crisi*, Bari, 193 ss.; MECATTI (2017), *Il decreto salva risparmio*, in *Riv. diritto bancario*, 2017, n. 8, 1 ss. Per alcune riflessioni critiche si veda, inoltre, BEFANI, *Non performing loan, crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, n. 2, 416 ss.

²⁷ Approvazione conforme all'art. 96-ter, co.1, lett. d) del TUB. Vale la pena ricordare che mentre il previgente art. 96-ter nel descrivere i poteri di controllo (anche autorizzatorio) della Banca d'Italia, faceva riferimento, per esempio, alla "tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario" - cui si accompagnava, in effetti, l'attribuzione di penetranti poteri anche di carattere ispettivo - l'attuale art. 96-ter abbandona, in gran parte, questa finalità e queste caratteristiche. Gli statuti dei singoli sistemi di garanzia, inoltre, rincaravano lo spettro di prerogative a favore di Banca d'Italia, riconoscendole un potere di intervento - seppur privo di voto - nelle riunioni dei rispettivi organi di governo; in tal modo il sistema di garanzia dei depositi diveniva un ulteriore strumento mediante il quale si esternalizzava la vigilanza di Banca d'Italia sugli enti bancari mediante lo stringente potere di indirizzo attribuito (tra l'altro) anche dal legislatore nazionale. Così MECATTI, *Commento sub art.96 tub*, in *Commentario al TUB*, in AA.VV. (a cura di), 2012, 763. Sulla natura giuridica degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositanti, si rinvia più opportunamente a BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, 279 ss.; ID., *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato: un chiarimento importante dalla Corte di Giustizia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, II, 247 ss.

perdite (tra l'altro azzerando il capitale e annullando tutte le azioni ordinarie in circolazione) e di aumentare il capitale mediante l'emissione di nuove azioni ordinarie riservate alla Banca Popolare di Bari²⁸.

La Commissione europea nel dicembre 2015²⁹, a conclusione di un'indagine approfondita sull'operato del Fondo condotta dall'Antitrust Ue, ritenne che esso costituisse un aiuto di Stato (cui l'Italia aveva dato esecuzione a favore della Popolare) *incompatibile e illegittimo* e ne ordinava il recupero. Inoltre, nonostante il Fondo fosse composto da risorse private, imputava comunque allo Stato italiano, in ragione dell'autorizzazione della Banca d'Italia (prima richiesta ai sensi del vecchio art. 96-ter TUB), le decisioni d'intervento e l'obbligatorietà per legge dei versamenti al Fondo³⁰.

Una decisione per molti controversa, in quanto mutava radicalmente l'indirizzo rispetto ad una vicenda analoga sulla quale si era pronunciata già

²⁸ A seguito della revoca del regime di amministrazione straordinaria, avvenuta il primo ottobre 2014, la Banca Popolare di Bari, nominati i nuovi vertici di Banca Tercas, eseguiva due mesi dopo un nuovo intervento per aumentarne la dotazione di fondi propri per una somma pari a 500 mln di euro. A tale intervento ne seguiva un altro, pari a un ammontare pari a 135,4 mln di euro, nel marzo 2015 avente la medesima finalità.

²⁹ Si rinvia a decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (*ex* 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas (GU 2016, L 203, pg.1).

³⁰ Data l'assimilabilità di tale sostegno a un intervento pubblico, esso dev'essere sottoposto necessariamente all'approvazione da parte della Direzione Concorrenza al pari di ogni misura che comporti l'impiego di risorse pubbliche, previa attenta valutazione dei 'piani di ristrutturazione' delle banche. Si rimanda, *ivi*, alla nota 18. Sull'argomento si è soffermata TRIVISANI, *Commento sub art.96-bis TUB*, in *Commentario al Testo Unico Bancario* in BONFATTI (a cura di), 2021, 598. L'a., a proposito della vicenda Tercas, mette in rilievo i diversi interventi della Commissione UE, la quale aveva indicato più volte al Governo italiano la compatibilità di interventi di sostegno, da parte di schemi di garanzia, purché tramite meccanismi a carattere volontario. In questa prospettiva, continua l'a., per la Commissione dell'Ue la partecipazione allo schema volontario e, conseguentemente, ai relativi interventi finanziari, deve provenire da un intervento del tutto volontario e tale schema non dev'essere legato ad alcun «mandato pubblico»; mentre le risorse finanziarie dello schema volontario devono essere addizionali a quelle obbligatoriamente versate allo schema di garanzia dei depositi. Soluzione questa che ha richiesto la riscrittura dell'art. 96-*quater*. rubricante «*interventi finanziati su base volontaria*» introdotto dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30 in recepimento della DGSD e che conseguentemente ha consentito di realizzare l'intervento a favore di Banca Tercas secondo l'indirizzo della Commissione. Lo «Schema volontario di intervento» è un'associazione non riconosciuta, la cui funzione, in base all'art. 44 dello Statuto del FITD, è quella di sostenere le banche aderenti per il loro risanamento nonché per il perseguimento della stabilità finanziaria del settore bancario nel suo complesso. La sua costituzione ha quindi rappresentato una soluzione per «aggirare» le restrizioni imposte al ruolo di sostegno nella ricapitalizzazione delle banche svolto dagli schemi obbligatori di garanzia dei depositi.

qualche tempo prima, approvando l'aiuto accordato dall'Italia alle banche pubbliche siciliane (Banco di Sicilia e Sicilcassa, giudicato compatibile con l'art. 87 del TCE)³¹ e che ha gettato pesanti ombre sull'operato della Direzione Generale della Commissione allora presieduta da Margrethe Vestager.

Contrariamente a quanto sancito in precedenza la Commissione ha ritenuto si trattasse, nella vicenda Tercas, di contributi obbligatori (di natura parafiscale) per cui il sostegno erogato alla consorziata in dissesto fosse espressione di un mandato pubblico statale e, pertanto, passibile di essere considerato "risorsa statale" anche per effetto della funzione di coordinamento e di controllo rivestita dalla Banca d'Italia nel contesto dell'operazione, culminata nell'atto autorizzatorio quale indice dell'influenza pubblica decisiva ai fini dell'adozione di detta misura³².

Le ricadute di siffatta pronuncia sono state a dir poco dirompenti anche negli anni a venire, sia per quanto concerne la validità degli interventi preventivi funzionali a superare lo stato di crisi, così come riportato dalle disposizioni in materia³³, sia sulle ragioni creditorie dei risparmiatori finendo, in buona sostanza, con il delegittimare il sostegno del Fondo sull'erroneo

³¹ Cfr., Decisione della Commissione del 10 novembre 1999, notificata con il numero C(1999) 3865, 2000/600/CE, recante approvazione condizionata dell'aiuto accordato dall'Italia alle banche pubbliche Banco di Sicilia e Sicilcassa. Sul caso, si legga in dottrina, GRAMMATICO, *Sicilcassa: una morte annunciata. La svendita del sistema creditizio siciliano e la crisi delle banche in Italia*, Palermo, 1998, *passim*; ROTONDO - VATERMOLI, *Aiuti di stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 271 ss.

³² Riprendendo quanto già accennato precedentemente (v. nota 14) gli interventi finanziati su base volontaria da parte degli schemi di garanzia, non impiegano la dotazione finanziaria accumulata dallo schema in forza di quanto previsto dall'art. 96.1 del TUB. È importante ricordare che la istituzione di uno schema volontario all'interno del consorzio - su cui si fonda lo schema di garanzia obbligatorio - risponde proprio all'esigenza di segregare le disponibilità raccolte su base volontaria dagli interventi cui lo schema sarebbe per legge tenuto. A tale fine risponde il rinvio operato dalla disposizione in commento all'art. 96.1, co.5, TUB ove si prevede che la dotazione finanziaria costituisce un patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio del sistema di garanzia e da quello di ciascun aderente, nonché da ogni altro fondo istituito presso lo stesso sistema di garanzia. Dunque, un'affermazione del tutto contestabile nella misura in cui esso si riferisce al solo rimborso dei depositanti: la scelta sulla realizzazione o meno di interventi alternativi, come si è avuto modo di sottolineare, viene rimessa all'autonomia statutaria dei fondi stessi. Ancora in argomento TREVISANI, *Commento sub art.96-bis TUB, op.ult.cit.*, 597. Si rinvia, inoltre, ad alcune disposizioni dello Statuto del FITD (in specie Tit. II, artt.43 ss.) nella parte che prevede l'istituzione e la disciplina dello "schema volontario di intervento" in conformità alla norma in esame.

³³ In particolare, art. 11, par. 1-4 della direttiva 2014/49/UE, confluito nell'art. 96-*bis*, co. 1-*bis*, lett. *d*), art. 96-*bis*, co. 1-*quater* TUB e art. 17, co. 2, lett. *f*) del d. lgs. n.180/2015 letti in combinato disposto.

convincimento che si fosse in presenza di una misura straordinaria pubblica intrapresa a favore dell'istituto teramano.

È sufficiente ripercorrere le varie fasi della vicenda per comprendere come siffatta decisione della Commissione abbia infatti contribuito a destabilizzare la coerenza del quadro normativo di riferimento con inevitabili conseguenze (negative) sul contesto italiano in un momento di particolare delicatezza dell'ordinamento impegnato ad individuare ulteriori misure di intervento da parte del FITD a favore di alcune banche nazionali in crisi, come si è avuto modo di accennare in premessa.

Pertanto, accogliendo i ricorsi presentati dall'Italia, dalla Banca Popolare di Bari e dal Fondo, con il supporto dell'autorità di vigilanza, con sentenza del 19 marzo 2019, il Tribunale dell'Unione europea, ha annullato la decisione della Commissione - che peraltro non ha dimostrato, in modo *giuridicamente sufficiente*, il coinvolgimento pubblico - con la motivazione che le condizioni per qualificare l'intervento del Fondo come aiuto di Stato non erano soddisfatte né per addebito allo Stato italiano né per eventuale finanziamento mediante risorse statali.

Il Tribunale, in merito ai rilievi sollevati dalla Commissione³⁴, ha ritenuto correttamente che gli interventi del FITD oggetto della controversia sono stati protesi alla tutela di interessi di natura privata delle banche consorziate e ciò emerge dalla mancanza di legami (organici e autorizzativi) tra il FITD e la Banca d'Italia, essendo l'autorizzazione, *ex art. 96-ter TUB*, un mero atto volto all'accertamento della sussistenza della 'sana e prudente gestione' - traducibile nella valutazione dei requisiti richiesti per svolgere l'attività statutaria e nella conseguente ammissione all'operatività del mercato - dunque privo di natura vincolante, tant'è che il FITD ha facoltà di non dare esecuzione agli interventi autorizzati e «... *prevedere* [liberamente] *ulteriori casi e forme d'intervento*»³⁵.

³⁴ Con l'impugnazione dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'Ue (Causa C-425/19 P) (2019/C238/17) in data 29 maggio 2019, avverso la sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019, la Commissione ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale e respingimento dei ricorsi in primo grado nella misura in cui essi contestano che la decisione controversa dimostri la sussistenza dei requisiti dell'imputabilità allo Stato delle misure in esame e del loro finanziamento tramite risorse statali. Inoltre, chiede il rinvio della causa dinanzi al Tribunale ai fini dell'esame dei restanti motivi di ricorso in primo grado, riservando le spese dei procedimenti in primo grado e in impugnazione. Cfr., GUUE del 15 luglio 2019 (C238/13).

³⁵ Cfr., art. 96-*bis*, co. 1, TUB. Facendo proprie le giuste osservazioni di autorevole dottrina si tratterebbe nel caso di Banca d'Italia, nell'ambito del procedimento di riconoscimento, dell'esercizio di un potere di conformazione del contratto associativo e dello statuto nonché dei regolamenti interni al fine di assicurare l'idoneità dell'ente a perseguire correttamente ed efficacemente la propria missione.

Preliminarmente, il Tribunale chiarisce che per configurarsi l'ipotesi d'intervento «mediante risorse statali», ai sensi dell'art. 107, par. 1, del TFUE, occorre la sussistenza di due condizioni distinte e cumulative, ovvero l'imputabilità allo Stato e la concessione di denaro pubblico. Ora a parere dell'Organo giurisdizionale europeo, quanto al primo presupposto, non ci sono indizi sufficienti a far ritenere l'intervento concesso da un ente privato (Fondo) il risultato dell'influenza o del controllo effettivo delle autorità pubbliche e che anzi l'onere della prova sarebbe spettato alla Commissione, la quale «non poteva, nel caso di specie, basarsi sull'improbabilità di una mancanza di influenza e di controllo effettivo da parte delle autorità pubbliche sull'ente privato erogatore dell'aiuto ma che, al contrario, in una situazione del genere, tale istituzione era ancor più tenuta a esporre e suffragare "indizi sufficienti" per stabilire che la misura di aiuto in questione era stata adottata sotto l'influenza o il controllo effettivo delle autorità pubbliche e che, pertanto, tale misura era imputabile allo Stato» (n. 67 della sentenza). Cioché la stessa Commissione non è stata in grado di dimostrarne in concreto il coinvolgimento nell'adozione della misura in favore di Tercas sussistendo invece numerosi elementi indicativi del fatto che il FITD avesse agito in modo autonomo³⁶.

Ipotesi questa suffragata anche da una certa confusione di categorie giuridiche attorno all'espressione «mandato pubblico» che, come si avrà modo di precisare meglio nel prosieguo, non attiene al «[...] tipo di intervento riconducibile al genus degli aiuti di Stato»³⁷ quanto piuttosto alla modalità di impiego delle risorse del Fondo per il rimborso dei depositi protetti (ex art. 96-bis.1 TUB). Tale funzione - ritenuta primaria dallo stesso legislatore speciale - viene definita tipicamente di «mandato pubblico» del sistema di

Così ANTONUCCI, Commento *sub* art.93-bis in AA. Vv., *Commentario al TU delle leggi in materia bancaria e creditizia* diretta da CAPRIGLIONE, Milano, 2018, tomo II, 1335 ss.

³⁶ Il Fondo è un consorzio di diritto privato che agisce sulla base del suo statuto, per conto e nell'interesse delle consorziate. Gli organi direttivi, eletti dall'Assemblea generale del Fondo, sono composti esclusivamente da rappresentanti delle banche consorziate.

³⁷ Tale considerazione è stata avanzata da AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di "mandato pubblico" (a proposito del "caso FITD/Tercas" - Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, vol. XXXIII, n. 2, 365. Sul tema precedentemente, BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, *op.cit.*, 280 ss. (in particolare, 289) allora quando l'a. afferma testualmente «[...] ciò non toglie che l'interesse dei soggetti privati potrebbe finire per coincidere con il più ampio interesse pubblico: ma tale eventualità non può costituire un'indicazione del coinvolgimento dei poteri pubblici, e dunque del mandato pubblico che sarebbe attribuito dalla normativa italiana».

garanzia posto che alla natura obbligatoria³⁸ del rimborso dei depositi corrisponde un diritto, di eguale portata, in capo ai depositanti³⁹ che escluderebbe, *ipso iure*, ogni coinvolgimento della Banca d'Italia nell'intervento di sostegno, limitandosi la stessa ad esercitare esclusivamente il suo ruolo di autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 5 del TUB⁴⁰.

Con riferimento poi alla seconda condizione per cui si può ritenere sussistente un aiuto di Stato, cioè un finanziamento mediante risorse statali, il Tribunale aveva rilevato, a tal riguardo, che l'intervento del FITD traeva origine da una proposta presentata inizialmente dalla BPB, e ripresa successivamente da Tercas, conformemente allo statuto del Fondo, utilizzando risorse fornite dalle banche membri di quest'ultimo, e nell'interesse dei partecipanti, poiché l'aiuto risultava meno oneroso rispetto all'attuazione della garanzia legale a favore dei depositanti della banca in caso di sottoposizione a procedura della crisi.

Con impugnazione del 29 maggio 2019, la Commissione europea presentava ricorso in appello contro la sentenza dei giudici del Tribunale, censurando, in primo luogo, tale decisione in ordine alla violazione dell'art.

³⁸ È di tutta evidenza come al di fuori di tale ambito (*i.e.*, intervento obbligatorio), il FITD non agisca in esecuzione di un mandato pubblico imposto dalla normativa italiana. Pertanto, gli interventi di sostegno a favore di Tercas non hanno avuto finalità diversa da quella derivante da detto sistema di garanzia dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa e non costituiscono l'esecuzione di un mandato pubblico.

³⁹ Per ulteriori riflessioni si veda TREVISANI, *Commento sub art.96-bis TUB, op.cit.*, 566, riferendosi anche alla definizione, talvolta ricorrente, di "diritto d'indennizzo".

⁴⁰ Infatti, la Banca d'Italia nell'autorizzare tali aiuti si limita a un controllo della loro conformità con il quadro normativo a fini di vigilanza prudenziale escludendo, per tale via, ogni possibile imposizione al Fondo d'intervenire come è stato nel caso del sostegno a Banca Tercas. Nella vicenda, tra l'altro, i delegati della Banca d'Italia che assistevano alle riunioni degli organi direttivi del FITD hanno avuto un ruolo puramente passivo di meri osservatori senza diritto di voto o ruolo consultivo. Infine, l'intervento dell'organo di vigilanza nei negoziati tra il FITD, la BPB e il commissario straordinario della banca in liquidazione è stato solo espressione di un dialogo legittimo e regolare con l'autorità di vigilanza, senza che quest'ultima abbia avuto un impatto sulla decisione del FITD d'intervenire a suo favore, esercitando un'ipotetica 'influenza dominante' su tale consorzio. Dunque, è lecito ritenere che l'autorizzazione dell'intervento da parte della Banca d'Italia si inserirebbe nel contesto delle sue ordinarie funzioni di tutela della stabilità e del risparmio, essendo in buona sostanza «una misura di ratifica limitato a un controllo formale a posteriori di un atto di natura privata». Inoltre, i contributi dei membri relativi all'intervento non sarebbero né imposti, né controllati, né a disposizione dello Stato. Benché i membri del consorzio siano obbligati a contribuire al rimborso dei depositi, nessuna norma o atto amministrativo imporrebbe loro di contribuire all'intervento. Il carattere obbligatorio di tali contributi discende solamente dallo statuto e dalle decisioni del FITD. Per una più ampia disamina, si rinvia a BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, *op.ult.cit.*, 280 ss.

107, par. 1, TFUE. Il Tribunale, secondo parte istante, avrebbe proceduto in modo atomistico all'esame e alla valutazione degli indizi prodotti dalla stessa Commissione, senza considerarli nel loro insieme e facendo astrazione del più ampio contesto in cui essi s'inquadrano; inoltre, sull'onere della prova riteneva viziati i presupposti richiesti al fine di determinare la sussistenza dei requisiti dell'imputabilità e delle risorse statali. In secondo luogo, le conclusioni del Tribunale erano supportate da gravi inesattezze materiali relative ai fatti e all'interpretazione del diritto italiano rilevante che per la Commissione risultavano, in modo manifesto, dagli atti di causa⁴¹.

3. Qualche nota di commento

Dunque, una sentenza storica, quella della Corte di Giustizia, che chiude (ma solo in parte) una pagina molto difficile per la gestione delle crisi bancarie nell'Unione europea e che riabilita il ruolo del Fondo di garanzia statale quale valido strumento di prevenzione contro possibili interventi risolutivi dell'organo di controllo.

Ma che, è bene precisare, non inaugura un nuovo indirizzo giurisprudenziale - dovendole piuttosto riconoscere un carattere eminentemente tecnico e fattuale, limitato a constatare il corretto operato del Tribunale (correttezza dei criteri giuridici nella valutazione dei fatti e degli elementi di prova) e a far proprio il ragionamento logico-giuridico del medesimo⁴². Pur avendo certamente il merito di precisare le maglie dell'onere probatorio, ovvero dell'obbligo di provare in modo *giuridicamente adeguato* il coinvolgimento pubblico in situazioni particolarmente spinose, come quella delineata dal caso Tercas, laddove la misura in questione è adottata da un ente privato, di regola non sottoposto al controllo dello Stato.

Riprendendo le note critiche già esposte in premessa è opportuno, prima di affrontare le conclusioni cui pervengono i giudici di Lussemburgo, richiamare due questioni che, sullo sfondo della vicenda, fanno da cornice.

⁴¹ Con l'impugnazione dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'Ue (Causa C-425/19 P) (2019/C 238/17) in data 29 maggio 2019, avverso la sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019, la Commissione ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale e respingimento dei ricorsi in primo grado. Inoltre, chiede il rinvio della causa dinanzi al Tribunale ai fini dell'esame dei restanti motivi di ricorso in primo grado, riservando le spese dei procedimenti in primo grado e in impugnazione. Cfr., GUUE del 15 luglio 2019 (C 238/13).

⁴² Si veda, in tal senso, la sentenza del 18 gennaio 2017, Toshiba/Commissione, C-623/15 P (non pubblicata), EU:C:2017:21, punto 39 e giurisprudenza ivi citata.

Innanzitutto, il contesto legislativo di riferimento, già accennato nelle pagine precedenti, per cui è stata chiamata a decidere la Corte in merito alla sentenza impugnata poi respinta. I giudici hanno ritenuto che la posizione della Commissione, all'epoca della vicenda Tercas si collocasse nell'ambito, più generale, di delicata transizione normativa a seguito dell'introduzione della *BRRD*, spingendo la stessa a cambiare il tradizionale approccio conforme alla giurisprudenza della Corte.

La direttiva aveva posto a regime - in modo piuttosto astratto e precipitoso - un articolato strumentario d'interventi di risoluzione e inedite regole europee di gestione delle crisi (in particolare *bail-in* e *burden sharing*) andando a colpire, in modo retroattivo, tutti gli strumenti finanziari già emessi: l'inevitabile preclusione degli interessi di molti risparmiatori (ignari del nuovo regime) sintetizzano in maniera efficace e, allo stesso tempo, drammatica, i motivi per cui le ricadute della sentenza del 2015 abbiano segnato una delle pagine più buie della storia bancaria recente.

In questa cornice, per inciso, l'Organo di governo assume un ruolo "nuovo" di autorità preminente, avendo la possibilità di esprimersi, in modo risolutivo, su molte decisioni legate alle crisi in rispetto soprattutto ai principi ordinamentali in materia di concorrenza.

L'altra, legata ad una sovrapposizione terminologica e ad una certa confusione concettuale di categorie giuridiche, dalle quali ha preso le mosse il giudizio della Commissione Europea nell'ascrivere (strumentalmente) l'intervento del *FITD* nell'ambito di una 'funzione di pubblico interesse'.

Sotto tale profilo si ritiene che l'ampliamento della tipologie di soggetti (sottoponibili) a 'influenza dominante' pur nel clamore suscitato per aver portato la Commissione a distorcere la natura e la funzione stessa svolta dal sistema di garanzia (peraltro facilmente rinvenibile sulla base della chiara normativa di riferimento), riproponga questioni (mai sopite) in relazione al complesso e politicamente delicato tema degli aiuti di Stato che necessariamente qui si tralascia di approfondire per evidente economicità di trattazione.

Poste le premesse, dunque, una riflessione che subito segue alla lettura della pronuncia del Giudice dell'Unione - ponendo fine ad un contenzioso a lungo istauratosi tra la Commissione e il sistema giurisdizionale dell'UE - prende spunto da più angolazioni giuridiche e investe in maniera coordinata tanto la necessità di rinvenire il coinvolgimento dello Stato italiano nella misura di sostegno sulla base di elementi probanti di valutazione e non su un generico criterio d'imputabilità, quanto l'individuazione della natura e della funzione del FITD (alla luce dello statuto e della disciplina del TUB) da cui

poi far discendere l'eventuale esclusione della provenienza pubblica dell'intervento erogato dal Fondo stesso.

Com'è evidente, queste considerazioni per la loro ampia portata travalicano i ristretti ambiti della vicenda per andare a riguardare più nello specifico «*la corretta conformazione dello strumento offerto dal Fondo ex art. 96 TUB per le emergenze (più o meno) a venire*»⁴³.

Dunque la sentenza, riprendendo i principi già enunciati dal Tribunale del 2019, giunge ad un'interpretazione più autentica dell'art. 107 TFUE tracciando così una prospettiva nuova per i futuri interventi della Commissione in tema di aiuti di Stato alle banche. E lo fa soprattutto riabilitando, rispetto alle posizioni precedenti, l'intervento fattivo dei Fondi di garanzia nelle procedure di gestione delle crisi bancarie: un ruolo importante svolto molto spesso, nel corso di questi ultimi anni in Italia, attraverso interventi anticipati, rispetto al previsto rimborso dei depositanti, con modalità "alternative" (finanziamenti, garanzie, acquisizione di partecipazioni e, non di rado, ricapitalizzazioni o cessioni di attività o passività) in vista del ritorno *in bonis* della banca o, quanto meno, della conservazione del suo complesso aziendale.

Si è fatto invero notare dai Giudici dell'Unione che l'autonomia di tali interventi di sostegno emerge sulla base di un duplice ordine di ragioni indicati, nello specifico, all'art. 29, co. 1, FITD. La prima di natura sostanziale in quanto il raggiungimento dell'esclusivo interesse (privato) delle banche aderenti in difficoltà evita il (probabile) più oneroso rimborso dei depositanti; l'altra reputazionale (e di rischio di panico tra i depositanti) dal momento che la finalità (pubblica) del Fondo è quella di prevenire i rischi (anche finanziari) per la stabilità del sistema creditizio derivanti dalla crisi di un ente consorziato. Una convergenza d'interessi che tuttavia - e diversamente da quanto asserito dalla Commissione nella sua controversa sentenza del 2015⁴⁴ - esclude ogni presumibile identificabilità tra di essi non potendosi ritenere il Fondo qualificabile come 'incaricato di pubbliche funzioni' né quale 'esercente di pubblici servizi'. Invero ove gli interventi del FITD sono subordinati all'effettiva esistenza di prospettive di risanamento della banca in difficoltà e ad un costo prognosticamente inferiore rispetto all'obbligo legale di rimborso diretto dei depositi, è ovvio che l'interesse tutelato è principalmente quello delle banche e non già quello generale della stabilità finanziaria e, dunque, della tutela del risparmio, dirimendo ogni dubbio circa una possibile commistione tra configurazione privatistica e

⁴³ L'espressione riportata è di DOLMETTA - LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari*, op.cit., 3.

⁴⁴ Decisione della Commissione del 23 dicembre 2015, relativo all'aiuto di Stato SA. 39451 (2015/C), cit.

regolamentazione eteronoma di tipo pubblicistico a fondamento degli interventi del FITD nel caso Tercas.

In questo senso il dubbio che le risorse del Fondo possano (anche per il futuro) rimanere intrappolate nelle “maglie” di un coinvolgimento da parte dello Stato, finendo con il costituire una sorta di recipiente in cui travasare delle risorse pubbliche, risulta fugato non solo dagli stessi principi statutari e normativi di tale consorzio, quanto dalla circostanza di diritto che la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 93-ter TUB, valuta la praticabilità e le modalità dell'intervento di sostegno (previa tempestiva comunicazione da parte del Fondo) e degli atti di maggior rilievo relativi all'esercizio delle sue funzioni. Ora proprio questa interlocuzione fisiologica tra i due soggetti aveva innescato nell'*iter* argomentativo della Commissione la tesi dell'imputazione ad una decisione pubblica dell'intervento del FITD.

L'attuale formulazione dell'articolo summenzionato (ad opera del d. lgs. n. 30/2016) che elimina ogni riferimento all'atto autorizzatorio (diversamente da quella originaria all'epoca del caso della Banca Tercas) supererebbe in radice ogni possibile *funzionalizzazione pubblicistica* del sistema di garanzia.

Quest'ultima considerazione viene in rilievo in quanto l'intero impianto decisorio dei giudici della Corte di Giustizia europea riposa essenzialmente sulla formulazione dell'inesistenza di un «*mandato pubblico*» di tutela dei depositi quale fondamento della pretesa sottoposizione dei sistemi di garanzia al potere direttivo dell'organo di vigilanza⁴⁵.

Tuttavia, la recentissima sentenza del 2021 non “archivia” la qualificazione strumentale di tale intervento di sostegno - nonostante delinei con chiarezza il ruolo del Fondo nella vicenda - lasciando trasparire, tra le pieghe della motivazione, una certa ambiguità di fondo laddove si ritiene non del tutto scontato che una misura presa da un sistema di garanzia dei depositi non possa mai essere qualificata come aiuto di Stato. Infatti si recita nel giudizio «[...] *tale qualificazione resterebbe possibile, ma dipenderebbe dalle*

⁴⁵ Secondo l'interpretazione della Corte l'origine pubblica dei fondi utilizzati non è l'elemento qualificante dell'intervento quale aiuto di Stato, atteso che ciò che rileva è l'imputabilità della decisione a quest'ultimo. In tal senso, assumerebbe rilevanza non necessariamente il rapporto organico o di controllo tra «pubblica autorità e ente erogatore» quanto piuttosto il «grado di influenza» esercitabile dall'autorità amministrativa, sul quale grado la Commissione Europea strenuamente cercava di corroborare, attraverso circostanze fattuali ed episodi, di per sé banali, ma che militavano nel senso che il fondo era in realtà *longa manus* della Repubblica Italiana. Al riguardo, DE GIOIA - CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. La sentenza Tercas: Brussels versus Italy?*, in *OIDU*, 2019, n. 4, 694 ss.

caratteristiche del sistema di garanzia dei depositi e della misura in questione» (n. 78).

Vale la pena incidentalmente di notare che nell'ambito di detta sentenza benché la questione, circa la natura del FITD, resti tutto sommato più in ombra - avendone comunque accerti, senza possibilità di smentita, tanto la natura negoziale della sua costituzione e l'ampia autonomia decisionale, quanto il carattere non pubblico ma consortile delle risorse utilizzate - rispetto al tema centrale dell'imputabilità delle misure controverse alle autorità italiane⁴⁶, sembrerebbe adombrarsi sullo sfondo un'altrettanta preoccupazione - rinviabile, nello specifico, ai paradigmi concettuali propri del diritto *antitrust* - legata al fatto stesso che il consorzio di salvataggio (FITD), costituito su base volontaria, agirebbe in modo ampiamente discrezionale, senza dover rispettare il vincolo del 'minor onere' e, dunque, senza la giustificazione formale dell'obbligatorietà legale dell'intervento, di cui, del resto, ne riproduce (pedissequamente) le caratteristiche del suo schema tradizionale⁴⁷.

La nota critica è che paradossalmente i sistemi di garanzia volontari darebbero spazio a "pratiche facilitanti" con il rischio di scambio d'informazioni e dati sensibili tra i consorziati che ben potrebbe favorire, o comunque dar luogo, ad accordi illeciti attuabili secondo le logiche spartitorie o del più generale voto di scambio⁴⁸, portando la questione sul terreno ancor più scivoloso delle possibili distorsioni al regime di libera concorrenza.

Ancora una volta si aprirebbe una prospettiva sull'endemico conflitto tra le ragioni della concorrenza e quelle della stabilità, che caratterizza il settore creditizio.

Giungendo poi alla seconda riflessione scaturita sulla base della lettura della pronuncia, più perigliosa risulta essere la questione (non nuova per la verità) dell'imputazione alla Commissione di una responsabilità (*extracontrattuale*), ex art. 340, co. 2, del TFUE, conseguente al suo intervento restrittivo nel caso Tercas⁴⁹.

⁴⁶ Come peraltro evidenziato da autorevole dottrina, DOLMETTA - LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari, op.ult.cit.*, 4 ss.

⁴⁷ Si rinvia più opportunamente a SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 184 ss.

⁴⁸ Solitamente, è dato notare, che nei programmi di *compliance* antitrust, adottati dagli enti creditizi, è raro trovare disposizioni o cautele atte a prevenire o mitigare simili rischi potenziali. Segue lo stesso percorso logico e argomentativo anche CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 702 ss.

⁴⁹ Tra tutti, si cita BARATTA, *La responsabilità aquiliana dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, n. 3, 513 ss.

Che si tratti di un aspetto giuridicamente complesso non v'è dubbio soprattutto ove si consideri che a mente non esiste alcun caso di accoglimento di ricorso con riferimento a profili di illegittimità sostanziale che abbia interessato un'istituzione dell'Unione europea, nonostante l'art. 340, co. 2, TFUE reciti testualmente «[l'Unione] deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai loro agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

La Corte di Giustizia, nell'emettere la sentenza, lascia irrisolto l'approccio al problema, segno evidente della difficoltà di addivenire all'identificazione delle misure di "costrizione" così come indicate dall'art. 266 TFUE.

Giova ricordare che una tale misura costringiva presuppone a monte la configurabilità delle condizioni oggettive della responsabilità essendo ad essa subordinata. In altre parole, come più volte precisato nella giurisprudenza della Corte⁵⁰, il danno supposto «[...] deve derivare in maniera sufficientemente diretta dal comportamento illegittimo delle istituzioni» tale da dimostrare il nesso di causalità tra esso e il comportamento dell'istituzione⁵¹ che nella vicenda della Banca Tercas sarebbe stato del tutto accertato dai ritardi nell'operazione di acquisizione - con oneri senza dubbio maggiori in termini di svalutazione dei crediti deteriorati - causati dalla decisione avversa della Commissione.

Ora data l'ampiezza del danno, e sue conseguenti ricadute sulla sfera giuridica dei soggetti interessati, ci si attendeva da parte dei Giudici di Lussemburgo, nel coro generalizzato di pretese ristoratorie di azionisti e obbligazionisti investiti dalla vicenda, il tempestivo esperimento dell'azione risarcitoria nei confronti dell'istituzione europea.

Purtuttavia, il riconoscimento dell'illegittimità del comportamento tenuto dalla Commissione da parte della Corte non ha portato la stessa a rinvenire gli estremi della «violazione grave e manifesta nell'ambito dell'azione di danni» intendendo per essa «un travalicamento manifesto e grave, da parte dell'istituzione interessata, dei limiti imposti al suo potere discrezionale [in

⁵⁰ Tra le tante, Corte giust., 4 ottobre 1979, cause riunite 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Dumortier e a./Consiglio, punto 21; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, punto 218; 3 maggio 2018, C-376/16 P, EUIPO/European Dynamics Luxembourg e a., punto 91. V. anche 13 dicembre 2018, cause riunite C-174/17 P e C-222/17 P, Unione europea/ASPLA e Armando Álvarez, punto 23.

⁵¹ Cfr., Corte giust., 25 febbraio 2021, causa C-615/19 P, Dalli/Commissione, punto 41; 13 dicembre 2018, causa C-150/17 P, Unione europea/Kendrion, punto 117; 6 settembre 2018, causa C-346/17, Klein/Commissione, punto 60; 19 aprile 2012, Artegoda/Commissione, causa C-221/10 P, punto 80; 10 luglio 2003, causa C-472/00 P, Commissione/Fresh Marine, punto 25.

materia di concorrenza]»⁵². Il che *mutatis mutandis* equivale a dire che pur essendo la violazione addebitabile alla Commissione nel caso di specie, questa non potrebbe considerarsi “grave e manifesta” tale da intentare un’azione risarcitoria per i danni cagionati.

Una prospettiva giuridica questa - ribadendo quanto sopra sostenuto - che «...*si lega inscindibilmente alla dialettica, particolarmente avvertita nel bancario, tra concorrenza e stabilità. Dialettica che si acuisce proprio con riguardo al salvataggio delle imprese bancarie in crisi*» e che «[finisce] *per disperdere risorse preziose, comunque*»⁵³.

Volendo dunque trarre le fila delle considerazioni fin qui esposte è del tutto evidente che siamo di fronte ad un ennesimo capitolo della vicenda, quello affidato alla decisione della recentissima Corte di Giustizia che, lungi dal considerarsi definitivo, muove nella direzione di futuri (e auspicabili) provvedimenti giurisdizionali risolutivi. E ciò palesemente traspare dalla dichiarata volontà della Popolare di Bari - oggi controllata da Mediocredito Centrale insieme al FITD - d’intentare una causa per risarcimento danni a seguito della decisione presa della Corte Ue.

Del caso Tercas, con tutta probabilità, si sentirà ancora parlare e non solo nelle aule giudiziarie europee.

⁵² A tal riguardo, è noto che le conferenti nome del Trattato riservino alla Commissione un ampio potere discrezionale nell’esercizio delle sue funzioni. Come ricordato da certa letteratura in argomento tale circostanza risulta particolarmente evidente nel ruolo esecutivo che è attribuito alla Commissione nel diritto della concorrenza dell’Unione e, ancor più nello specifico, nell’applicazione dell’art. 107 TFUE. L’ampiezza del margine di valutazione discrezionale, nell’ambito della disciplina della concorrenza tra Stati, si afferma «*consente alla Commissione di assumersi la responsabilità di decisioni indispensabili al corretto funzionamento del mercato interno, ma che, in ogni caso, incidono “negativamente” sulla sfera giuridica dei soggetti interessati (i beneficiari dell’aiuto, in caso di dichiarazione di incompatibilità; i concorrenti, qualora la valutazione sia invece nel senso della compatibilità*». Così, CIRCOLO, *Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l’affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità*, op.cit., 202. Specificatamente sul punto, Corte giust., 10 settembre 2019, causa C-123/18 P, HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH/Consiglio, punto 33. V. anche 23 marzo 2004, causa C-234/02 P, Mediatore europeo/Lamberts, punto 49; 4 aprile 2017, causa C-337/15 P, Mediatore europeo/Claire Staelen, punto 31.

⁵³ La considerazione è di SARTORI, *Prospettive dopo Tercas*, in *Riv. Diritto Bancario*, 2021, 2.