



**I Post di Aisdue, I (2019)**

Sezione "Note e commenti" n. 1, 5 aprile 2019

*Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul  
caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*

**di Fabio Ferraro**

Professore associato di Diritto dell'Unione europea  
Università di Napoli Federico II.

Fabio Ferraro

# Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La misura concessa dal Fondo e la sua convenienza economica. – 3. Il contesto nel quale è stata adottata la decisione della Commissione. – 4. L'assenza di imputabilità allo Stato della misura controversa. – 5. L'assenza del finanziamento mediante risorse statali. – 6. Questioni ancora aperte.

1. Da tempo il settore bancario nazionale attendeva una risposta da parte dei giudici dell'Unione sulla delicata e complessa questione della natura delle misure di sostegno concesse dal Fondo interbancario di tutela dei depositi e della loro compatibilità con la normativa dell'Unione sugli aiuti di Stato alle imprese. Il chiarimento è stato fornito dalla sentenza del Tribunale dell'Unione relativa alla Banca Tercas, che ha ribaltato la decisione presa dalla Commissione europea<sup>1</sup>. Quest'ultima aveva fondato il suo convincimento sull'errato presupposto che il sostegno del Fondo alla banca Tercas costituisse un aiuto di Stato incompatibile con l'art. 107 TFUE e, pertanto, ne aveva chiesto il recupero<sup>2</sup>. Invece, con una sentenza piuttosto articolata che ha avuto grande eco sui principali quotidiani nazionali, il giudice del Lussemburgo ha condiviso la tesi dei ricorrenti e ha annullato la decisione negativa della Commissione europea. Si tratta di una pronuncia che è destinata senz'altro a fare discutere per le sue notevoli implicazioni, non solo sul piano economico e giuridico, ma anche politico. Basti pensare che il presidente dell'Associazione bancaria italiana si è spinto al punto di chiedere le dimissioni di Margrethe Vestager, commissario europeo della concorrenza, nonostante si terranno a breve le elezioni del Parlamento europeo e, quindi, le nomine dei nuovi membri della Commissione europea.

Vero è che la decisione della Commissione ha avuto una influenza determinante sulle successive scelte di gestione delle crisi riguardanti il mercato finanziario, poiché ha impedito di continuare ad applicare lo schema utilizzato per la banca Tercas e ha coinvolto i risparmiatori nel salvataggio di altri istituti di credito. In particolare, in relazione alla successiva vicenda delle quattro banche (Etruria, Marche, Cariferrara e Carichieti) si è fatto ricorso a un differente sistema, a carattere misto, consistente nella combinazione del meccanismo dell'azzeramento dell'investimento di azionisti e

<sup>1</sup> Tribunale, 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, *Repubblica Italia/Commissione* ECLI:EU:T:2019:167.

<sup>2</sup> In merito alla vicenda Tercas, cfr. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, fasc. 2, p. 327.

obbligazionisti subordinati (c.d. *burden sharing*, che ha anticipato le successive regole del *bail-in*), e dell'intervento di un Fondo di risoluzione, sempre alimentato dai contributi delle maggiori banche, ma con contribuzione volontaria anziché obbligatoria, al fine di non incorrere nuovamente nella condanna della Commissione europea.

A distanza di qualche anno il giudice lussemburghese ha riabilitato l'originario intervento del Fondo interbancario a favore della banca Tercas e, al tempo stesso, ha fortemente ridimensionato l'approccio eccessivamente severo della Commissione europea nella valutazione dei sistemi mutualistici del sistema bancario, finendo così per delineare in modo più preciso le misure adottate dagli enti privati che esulano dalla nozione di aiuto di Stato. Nondimeno, la sentenza del giudice dell'Unione non rappresenta l'ultimo tassello della vicenda Tercas, vuoi perché tale sentenza potrà essere impugnata dinanzi alla Corte di giustizia, vuoi perché l'ampia platea di soggetti potenzialmente lesi dalla decisione della Commissione potrà richiedere il risarcimento dei danni subiti. Rimangono altresì irrisolte alcune questioni non affrontate dal Tribunale del Lussemburgo in merito alla rilevanza *antitrust* delle deliberazioni del consorzio interbancario.

2. Prima di affrontare le questioni che la sentenza in esame solleva, è opportuno ricordare i tratti essenziali della misura concessa dal Fondo interbancario di Tutela dei Depositi nonché il contesto nel quale si inquadra la controversa decisione della Commissione europea.

Iniziamo col dire che la misura del Fondo era stata adottata dopo che la Banca Popolare di Bari ("BPB") aveva manifestato il suo interesse a sottoscrivere un aumento di capitale della Tercas, sottoposta a partire dall'anno 2012 al regime dell'amministrazione straordinaria a seguito di alcune irregolarità accertate dalla Banca d'Italia. Tale operazione era stata condizionata, tra l'altro, alla revisione dei conti di Tercas e alla copertura del suo deficit patrimoniale da parte del Fondo. Quest'ultimo è un consorzio privato di tipo mutualistico, che dispone della facoltà di 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). La confusione tra gli interventi obbligatori imposti dal diritto dell'Unione allo Stato italiano e quelli volontari decisi autonomamente dal Fondo sembra alimentata dal complesso intreccio tra normativa nazionale e autoregolamentazione degli istituti di credito, sicché non è sempre agevole stabilire con precisione il soggetto responsabile delle scelte adottate. Nel complesso, si tratta di interventi che hanno assunto una rilevanza fondamentale nella gestione delle crisi bancarie a causa della progressiva diminuzione degli aiuti con risorse pubbliche.

Viene naturale domandarsi quale sia la convenienza economica di questi interventi, in quanto gli operatori del settore creditizio contribuiscono con le loro risorse al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese concorrenti che versano in una situazione di difficoltà. Queste ultime, una volta superata la crisi, riprenderanno a competere con le imprese che le hanno "aiutate" per impedirne la liquidazione. È il caso di aggiungere che l'operazione in esame era finalizzata ad agevolare anche la

BPB, che avrebbe dovuto acquisire il controllo della società Tercas con l'aiuto delle altre banche.

In realtà, occorre tener presente che questo Fondo *et similia* consentono di realizzare delle esigenze di interesse generale, che consistono nel tutelare la credibilità e l'affidabilità dell'intero sistema bancario nazionale nonché nell'evitare che il fallimento di un istituto di credito possa avere delle ripercussioni negative sull'economia reale. Nello specifico, il Fondo decideva di coprire il deficit patrimoniale della banca Tercas e di concederle determinate garanzie, poi approvate dalla Banca d'Italia, soltanto dopo aver verificato la convenienza economica dell'intervento rispetto al rimborso dei depositanti di tale banca. In altre parole, la soluzione utilizzata dal Fondo era dettata da esigenze imprenditoriali piuttosto che solidaristiche, poiché dall'analisi costi-benefici si ricavava che l'ammontare dei contributi a carico del Fondo sarebbe stato di gran lunga più oneroso se non ci fosse stato il salvataggio della banca Tercas.

Al di là delle motivazioni che inducevano il consorzio alla realizzazione dell'operazione, sta di fatto che lo Stato italiano non notificava le misure controverse alla Commissione europea, la quale riteneva che vi fossero diversi indizi idonei a ricondurre tali misure nella nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107 TFUE, segnatamente per quanto concerne la loro imputabilità allo Stato e il loro finanziamento mediante risorse pubbliche. In considerazione dell'accertamento dell'illegittimità delle misure concesse alla banca Tercas in violazione degli obblighi di notifica e di *standstill* di cui all'art. 108, paragrafo 3, TFUE, la Commissione chiedeva allo Stato italiano la soppressione dell'aiuto mediante recupero, al fine di ripristinare lo *status quo ante*.

3. La decisione relativa alla banca Tercas rappresenta un esempio paradigmatico di un'inversione di tendenza da parte della Commissione europea, che risulta in modo evidente dal confronto di questa vicenda con quella concernente il precedente caso Sicilcassa<sup>3</sup>. Invero, le misure utilizzate per coprire una parte del disavanzo di cessione al Banco di Sicilia delle attività e delle passività della Sicilcassa furono valutate favorevolmente dalla Commissione europea ed escluse dalla nozione di aiuto di Stato, giudicando irrilevante sia l'intervento dello Stato nella definizione delle misure concesse dal Fondo e delle loro modalità di finanziamento sia il coinvolgimento di alcune banche pubbliche<sup>4</sup>. L'omologo processo decisionale per il salvataggio della banca Tercas veniva invece messo in discussione dalla Commissione europea, nonostante la mancata partecipazione di banche pubbliche nell'operazione del Fondo.

Va qui notato che l'esame preliminare delle misure relative alla banca Tercas iniziava nel 2014 e il procedimento formale veniva concluso nell'anno 2015, vale a dire nel periodo in cui la Commissione intendeva riprendere ad applicare in modo rigoroso la normativa, sostanziale e procedurale, degli aiuti di Stato<sup>5</sup>. Durante la

---

<sup>3</sup> Commissione europea, decisione 2000/600/CE del 10 novembre 1999, in GUUE L 256, 10.10.2000, p. 21.

<sup>4</sup> Cfr. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, cit., p. 327.

<sup>5</sup> Cfr. F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *DUE*, 2014, p. 733; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e di risoluzione*, in *Dir. pubbl. com.*, 2014, p. 1339; D. DIVERIO, *Le misure internazionali di sostegno al mercato bancario*:

precedente crisi economica e finanziaria (c.d. sistemica), infatti, la Commissione aveva finito per autorizzare in tempi rapidissimi diverse forme di sostegno al sistema bancario, generalmente ritenute illegittime, venendo così incontro alle contingenti esigenze degli Stati membri<sup>6</sup>. È il caso di ricordare che questa crisi aveva avuto origine con il fallimento della banca d'affari americana, *Lehman Brothers*, e poi si era estesa a macchia d'olio, coinvolgendo con un pericoloso effetto domino anche gli istituti bancari dell'Unione Europea. Per questo motivo la Commissione aveva adottato diverse Comunicazioni specificatamente indirizzate al settore finanziario<sup>7</sup>, che avevano modificato il precedente quadro generale e determinato un vero e proprio mutamento di indirizzo e di approccio nella valutazione degli aiuti di Stato. Questo disegno della Commissione era stato realizzato anche per mezzo di una rivalutazione della deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, relativa agli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, che, a differenza del passato, era stata considerata una base giuridica idonea per giustificare le misure ritenute necessarie ad affrontare la crisi sistemica delle banche<sup>8</sup>.

Terminata la fase emergenziale e venuto meno il quadro temporaneo di sostegno, la guardiania dei Trattati aveva deciso di cambiare completamente approccio e di mostrarsi inflessibile nei confronti degli aiuti al settore bancario, al duplice fine di evitare ripercussioni negative sull'equilibrio dei conti pubblici e di contrastare il c.d. azzardo morale delle imprese che si avventuravano in strategie aziendali eccessivamente rischiose, facendo affidamento sull'intervento salvifico della mano pubblica. Parallelamente, era cambiato anche il quadro normativo, in quanto erano stati

---

*un'applicazione à la carte della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, p. 603; 2017; B. INZITARI, *Brrd, "bail in", risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Giust. Civ.*, 2017, fasc. 1, p. 197; A. ANTONUCCI, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *Studi int. Eur.*, 2018, p. 587.

<sup>6</sup> Cfr., *ex multis*, R. M. D'SA, *"Instant" State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, p. 13; V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, p. 23; L. WAGNER, *Aides d'Etat : la Commission européenne confrontée au risque systémique*, in *Europe*, 2009, p.4; P. WERNER, M. MAIER, *Procedure in crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, p. 177; J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, p. 7; K. LANNOO, C. NAPOLI, *Bank state aid in the financial crisis. Fragmentation or level playing field?*, in *CEPS Task Force report.*, 2010; A. DELL'ATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Conc. e merc.*, 2012, p. 569.

<sup>7</sup> 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 (GUUE C 270 del 25.10.2008, p.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 (GUUE C 10 del 15.1.2009, p.2); Comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario (GUUE C 72 del 26.3.2009, p.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 (GUUE C 195 del 19.8.2009, p.9); Comunicazione della Commissione 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 (GUUE C 329 del 7.12.2010, p.7); Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (GUUE C 356 del 6.12.2011, p.7).

<sup>8</sup> Ci permettiamo di rinviare a F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *DUE*, 2010, p. 335.

introdotti prima il principio del *burden sharing*<sup>9</sup>, e poi quello più severo del *bail in*<sup>10</sup>, in vista della realizzazione dell'Unione bancaria<sup>11</sup>. In particolare, la Commissione europea esprimeva la sua preferenza per la condivisione degli oneri da parte degli azionisti, obbligazionisti e maggiori depositanti (*bail in*) rispetto all'erogazione di aiuti pubblici alle banche (*bail out*)<sup>12</sup>.

Il nuovo orientamento nella valutazione degli aiuti alle banche sembra che abbia finito per influenzare la decisione della Commissione in merito alla natura del sostegno del Fondo alla banca abruzzese, così come la scelta, più generale, di una profonda rivisitazione degli strumenti e delle regole di gestione della crisi fino ad allora in vigore. Questa evoluzione, o involuzione a seconda dei casi e dei punti di vista, della politica della Commissione in tema di aiuti di Stato dimostra la difficoltà di contemperare la libertà di concorrenza tra le imprese bancarie con l'esigenza di garantire la stabilità del sistema finanziario. Rimane viva la preoccupazione che gli interventi pubblici al settore creditizio, sia pure finalizzati alla stabilità finanziaria, finiscano per pregiudicare la concorrenza delle imprese sane e per gravare sull'intera collettività, sostituendosi e non aggiungendosi agli aiuti statali all'economia reale. Non si può ignorare, in proposito, che il Parlamento europeo era stato piuttosto critico nei confronti del comportamento tenuto dalla Commissione in materia di aiuti al settore creditizio e questo giudizio negativo si era esteso finanche alla Comunicazione del 2013, ritenuta insufficiente “a tutelare i contribuenti europei e a limitare l'importo di aiuti che le banche possono ricevere”<sup>13</sup>.

4. Delineato per sommi capi il contenuto delle misure adottate dal Fondo e del contesto nel quale si collocano, veniamo ora al nocciolo della questione giuridica concernente la nozione di aiuto di Stato.

In linea generale, applicando le coordinate interpretative seguite dalla Corte di giustizia, la qualificazione di una misura come “aiuto di Stato”, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, richiede che tutte le seguenti condizioni siano soddisfatte: i) deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali; ii) tale intervento deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario; iii) esso deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri e iv) deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> 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, in GUUE C 216, 30.7.2013, p. 1.

<sup>10</sup> Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento 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, in GUUE L 173, 12.6.2014, p. 190.

<sup>11</sup> Questa Unione bancaria è fondata su tre pilastri fondamentali, ossia un meccanismo di vigilanza unico, un meccanismo unico per la gestione delle crisi bancarie e un meccanismo europeo di assicurazione dei depositi.

<sup>12</sup> Cfr. M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. Comm.*, 2017, p. 702.

<sup>13</sup> Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2015 sulla relazione annuale sulla politica di concorrenza dell'UE (2014/2158(INI)), in GUUE C 316 del 30 agosto 2016, par. 62.

<sup>14</sup> V., *ex multis*, Corte di giustizia, 21 dicembre 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione/World Duty Free Group e a.*, ECLI: EU:C:2016:981, punto 53; 18 maggio 2017, C-150/16, *Fondul Proprietatea*,



Tale nozione è funzionale alla realizzazione di un sistema di concorrenza basato su di un *level playing field* tra le imprese, che rappresenta uno degli strumenti cardine per mantenere e consolidare il mercato interno.

Tanto premesso, l'arresto del Tribunale dell'Unione ha riconosciuto che sono compatibili con il diritto dell'Unione le misure utilizzate per facilitare l'uscita dalla crisi della Banca Tercas, smontando punto per punto le argomentazioni utilizzate dalla Commissione europea per ricondurre il sostegno concesso dal Fondo alla nozione di aiuto di Stato.

In particolare, l'attenzione del Tribunale si focalizza su due elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato che erano finiti sotto la lente d'ingrandimento della Commissione europea, vale a dire sull'imputabilità della misura allo Stato e sulla concessione mediante risorse statali<sup>15</sup>. In realtà, questi due elementi sono cumulativi, ma spesso vengono considerati insieme in quanto riguardano entrambi l'origine pubblica della misura in questione. La loro valutazione mira a stabilire un punto di equilibrio tra i rischi di sotto-inclusione e quelli di sovra-inclusione: i primi derivanti dall'elusione della normativa dell'Unione per mezzo dell'istituzione di enti autonomi incaricati dell'erogazione di aiuti e i secondi dall'applicazione del divieto dell'art. 107 TFUE ai vantaggi non imputabili allo Stato o che non comportino l'utilizzo di risorse pubbliche<sup>16</sup>.

Per quanto riguarda l'imputabilità allo Stato, la sua sussistenza è indiscussa se l'aiuto proviene da un organo dello Stato, centrale, regionale o locale, mentre è più complessa da accertare se la misura è concessa da un'impresa pubblica o da un ente privato. In quest'ultimo caso, si deve valutare l'effettiva indipendenza del soggetto privato e se esso agisce sotto il controllo dello Stato ovvero sulla base di direttive pubbliche. Il Tribunale è stato chiamato ad effettuare questa valutazione sulla responsabilità dello Stato nell'operazione di salvataggio di Tercas ed è pervenuto a una conclusione antitetica a quella della Commissione, ossia che l'intervento a beneficio dell'istituto bancario è stato adottato autonomamente dal Fondo senza subire l'influenza o il controllo effettivo delle autorità pubbliche. Questa conclusione è stata dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento è stato adottato.

In primo luogo, il mandato conferito al Fondo dalla legge italiana consiste unicamente nel rimborsare ciascun depositante entro il limite di 100.000 euro quando una banca di tale consorzio sia soggetta a una liquidazione coatta amministrativa. Al di fuori di tale sistema di garanzia dei depositi, il Fondo non agisce in esecuzione di un mandato pubblico imposto dalla normativa italiana, bensì autonomamente. Sennonché, l'intervento del Fondo a favore di Tercas non rientrava nell'ambito del mandato pubblico, visto che perseguiva una finalità differente da quella del sistema di garanzia dei depositi imposto dalla normativa nazionale.

ECLI:EU:C:2017:388, punto 13; v. anche Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GUUE del 19.7.2016, C 262/1.

<sup>15</sup> Cfr. G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997, p. 135; C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1147.

<sup>16</sup> Avvocato generale Saugmandsgaard, 22 marzo 2017, causa C-329/15, *ENEA*, ECLI:EU:C:2017:233, p.ti 68 e 69.

In secondo luogo, la Commissione non ha dimostrato l'influenza o il controllo delle autorità pubbliche nell'adozione delle misure controverse, sia perché il Fondo è un consorzio di diritto privato che agisce, in forza del suo statuto, per conto e nell'interesse delle consorziate, sia perché i suoi organi direttivi sono eletti dall'assemblea generale del Fondo e sono composti esclusivamente da rappresentanti delle banche consorziate.

In terzo luogo, il coinvolgimento nell'operazione di Banca d'Italia non è stato decisivo, considerato che la sua autorizzazione è circoscritta al controllo formale del rispetto del quadro normativo limitatamente ai profili inerenti alla vigilanza prudenziale. Il che significa che la Banca d'Italia ha avuto un ruolo passivo nell'operazione e non ha condizionato in alcun modo la scelta del Fondo di salvare la Tercas.

In definitiva, nella parte motiva della sentenza in questione il Tribunale rileva che vi erano una serie di elementi indiziari che convergevano nella direzione di escludere l'imputabilità della misura allo Stato, giacché il consorzio aveva agito autonomamente senza l'influenza determinante dei pubblici poteri.

5. Volgendo lo sguardo al requisito del finanziamento dell'intervento mediante risorse statali, è ben nota la sua interpretazione estensiva da parte della Corte di giustizia, al fine di evitare che la creazione di enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti possa consentire di aggirare la normativa in materia di aiuti di Stato.

Il fattore rilevante non è tanto l'origine delle risorse quanto il livello dell'intervento dell'autorità pubblica nella definizione della misura e del suo metodo di finanziamento. In questa prospettiva, rientrano nella nozione di aiuto anche gli strumenti pecuniari che le autorità pubbliche possono realmente utilizzare per sostenere imprese, a prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o meno permanentemente al patrimonio dello Stato<sup>17</sup>.

Alla luce di questi e altri principi consolidati della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato, la Commissione prendeva in considerazione diversi indizi per dimostrare la sussistenza del requisito delle risorse statali: la titolarità di un mandato pubblico in capo al Fondo, il controllo delle autorità pubbliche sulle risorse usate dal Fondo per finanziare l'intervento e il carattere obbligatorio dell'utilizzo dei contributi da parte del Fondo per finanziare l'intervento.

Tali elementi non sono stati considerati dal Tribunale idonei a dimostrare il controllo da parte delle autorità pubbliche dei fondi concessi a Tercas, sulla base essenzialmente delle medesime considerazioni utilizzate per la valutazione del requisito dell'imputabilità allo Stato delle misure controverse. A parte qualche differenza, sono richiamati gli stessi elementi di fatti e di diritto e viene seguito lo stesso percorso logico per la valutazione dei due elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato. Così, la sentenza in esame ribadisce che l'intervento a beneficio di Tercas traeva origine da una proposta presentata inizialmente dalla BPB e ripresa successivamente da Tercas, conformemente allo statuto del Fondo, utilizzando fondi esclusivamente privati forniti dalle banche del consorzio. Ciò significa che la scelta di trasferire alcune risorse a Tercas aveva il suo fondamento giuridico in una disposizione statutaria di natura privatistica finalizzata a salvaguardare l'autonomia

---

<sup>17</sup> Corte giust. 9 novembre 2017, *Commissione/TV2/Danmark*, causa C-656/15 P, ECLI:EU:C:2017:836, p.to 46.



dei membri del Fondo. Peraltro, il Tribunale dell'Unione ha messo in risalto che l'assenza del requisito delle risorse statali non è stata inficiata dall'intervento del commissario straordinario, il quale nella vicenda Tercas si è comportato "come avrebbe fatto un amministratore ordinario posto nella stessa situazione"<sup>18</sup>.

Queste affermazioni sull'assenza di un potere dispositivo dello Stato si legano alla constatazione che il sostegno era concesso nell'interesse dei membri del Fondo, poiché l'aiuto a Tercas risultava meno oneroso rispetto all'attuazione della garanzia legale a favore dei depositanti della banca abruzzese, in caso di liquidazione coatta amministrativa di quest'ultima. L'argomentazione sulla convenienza economica dell'operazione viene ripresa e assume una rilevanza centrale anche per accertare il grado di intervento dello Stato nell'utilizzo delle risorse del Fondo.

Se è vero che la linea di demarcazione tra le misure concesse tramite risorse statali e quelle a carico di enti privati può risultare piuttosto labile, dall'insieme delle argomentazioni del giudice dell'Unione sembra desumersi che non possano essere comprese nella nozione di aiuto di Stato le norme nazionali che si limitano a definire le condizioni di esercizio delle attività economica senza incidere, direttamente o indirettamente, sul trasferimento di risorse private a favore di una o più imprese. Del resto, l'esigenza di un'interpretazione più equilibrata della requisito delle risorse statali e, più in generale, della nozione di aiuto di Stato è stata successivamente confermata dalla Corte di giustizia, annullando tanto la decisione della Commissione quanto la sentenza confermativa del Tribunale dell'Unione che disponevano il recupero, sia pure per una parte limitata, delle misure a sostegno delle imprese produttrici di energia rinnovabile<sup>19</sup>.

Il Tribunale dell'Unione si è pronunciato in conformità a questa lettura più cauta della nozione di aiuto di Stato e ha rigettato le motivazioni addotte dalla Commissione europea per difendere la sua decisione. Pertanto, come logica conseguenza dell'esclusione sia dell'imputabilità allo Stato delle misure controverse che dell'utilizzo di risorse statali, la sentenza in esame ha annullato la decisione impugnata senza esaminare gli altri argomenti dedotti dai ricorrenti.

6. Rimane da comprendere quali siano le conseguenze della sentenza sulla disciplina nazionale degli aiuti, pubblici e privati, alle banche.

Certamente, la Commissione potrà decidere di impugnare la sentenza del Tribunale entro due mesi e chiederne l'annullamento alla Corte di giustizia, con l'obiettivo di difendere le argomentazioni contenute nella sua decisione di condanna dello Stato italiano. E' quasi superfluo evidenziare che questa impugnazione non costituisce un giudizio di appello, in cui si possano rivisitare anche i fatti, bensì equiparabile a un giudizio di cassazione, considerato che l'impugnazione è circoscritta alle questioni di diritto e la Corte di giustizia è chiamata ad esercitare una funzione *latu sensu* nomofilattica<sup>20</sup>.

Questa considerazione fa il paio con quella che i soggetti lesi dalla decisione della Commissione potranno richiedere il risarcimento dei danni, ivi compresi

<sup>18</sup> P.to 145.

<sup>19</sup> Corte giust. 28 marzo 2019, causa C-405/16 P, *Germania/Commissione*, ECLI:EU:C:2019:268. Cfr. anche Corte giust. 15 luglio 2004, Causa C-345/02, *Pearle e a.*, ECLI:EU:C:2004:448, p.ti 35-38.

<sup>20</sup> In questi termini, v. G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 328.

quelli derivanti dall'eccessiva svalutazione di crediti deteriorati, anche se tali soggetti verosimilmente attenderanno il passaggio in giudicato della sentenza del Tribunale o l'eventuale pronuncia definitiva della Corte di giustizia.

Tuttavia, non sarà agevole esperire con successo l'azione di risarcimento dei danni subiti ai sensi del combinato disposto degli artt. 268 TFUE e 340, co. 2, TFUE, in quanto i soggetti danneggiati dovranno dimostrare la compresenza di tre condizioni: 1) l'illiceità del comportamento dell'istituzione, da intendere come violazione sufficientemente qualificata di una norma di diritto avente ad oggetto il conferimento di diritti agli individui; 2) un danno effettivo; 3) l'esistenza di un nesso causale immediato e diretto tra la violazione dell'obbligo incombente su l'autore dell'atto e il danno subito dai soggetti lesi.

Tali condizioni sono state fissate in modo alquanto restrittivo così da rendere nei fatti piuttosto difficile l'effettiva condanna dell'Unione al risarcimento dei danni causati dalle istituzioni<sup>21</sup>. Non a caso, infatti, il bilanciamento tra interessi generali dell'Unione e quelli particolari dei privati si conclude spesso a favore dei primi, anche se di recente si registra qualche significativo passo in avanti, vista la maggiore sensibilità della giurisprudenza dell'Unione nell'assicurare una tutela giurisdizionale effettiva dei soggetti danneggiati<sup>22</sup>. In pratica, gli ostacoli maggiori sembrano discendere dalla difficoltà di dimostrare, per un verso, la violazione sufficientemente qualificata, vista l'ampia discrezionalità attribuita alla Commissione in materia di aiuti di Stato<sup>23</sup>, e, per altro verso, il nesso di causalità diretto tra il comportamento illegittimo dell'istituzione dell'Unione e i danni lamentati<sup>24</sup>.

In attesa di ulteriori chiarimenti da parte dei giudici dell'Unione, appare utile qualche breve riflessione sui principi desumibili dalla sentenza del Tribunale.

Confrontando questi principi con il nuovo quadro normativo dell'Unione bancaria, si può ritenere che sia stato sensibilmente ristretto lo spazio di manovra delle misure statali a favore degli istituti di credito, ma non degli interventi privati che esulano dalla nozione di aiuto. Difatti, l'applicazione dei principi del *burden sharing* e del *bail in* non implica che misure di sostegno alle banche in crisi diverse da quelle previste dalla Commissione siano necessariamente in contrasto con la normativa dell'Unione in tema di aiuti di Stato<sup>25</sup>. In realtà, questa argomentazione si ricava dalla precedente sentenza della Corte di giustizia che si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale slovena, riconoscendo non solo che la Commissione europea può legittimamente auto-vincolarsi stabilendo in anticipo

---

<sup>21</sup> In questi termini, v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 277.

<sup>22</sup> Cfr. K. GUTMAN, *The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection*, in *CML Rev.* 2011, p. 695.

<sup>23</sup> Il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto dell'Unione è quello della violazione manifesta e grave, da parte di un'istituzione dell'Unione, dei limiti posti al suo potere discrezionale. Cfr. Corte giust. 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil / Commissione*, ECLI:EU:C:2000:361, p.to 43; 4 aprile 2017, causa C-337/15 P, *Mediatore europeo/Claire Staelen*, ECLI:EU:C:2017:256, p.to 31.

<sup>24</sup> Corte giust. 6 ottobre 2018, causa C-346/17 P, *Christoph Klein/Commissione*, ECLI:EU:C:2018:679, p.ti 119 ss.

<sup>25</sup> Sui rischi derivanti dall'applicazione dei principi del *burden sharing* e del *bail-in*, cfr. S. MICOSI, G. BRUZZONE, M. CASSELLA, *Bail-in Provisions in State Aid and Resolution Procedures: Are they consistent with systemic stability?*, in *CEPS Policy Brief*, 2014, n. 318.

i criteri di autorizzazione delle misure anticrisi sottoposte alla sua valutazione, ma anche che gli Stati membri conservano la facoltà di notificare i progetti di aiuto che non soddisfino i criteri fissati dall'istituzione dell'Unione, al fine di ottenere l'autorizzazione<sup>26</sup>. Se è possibile ottenere, sia pure in via eccezionale, una deroga dalla Commissione per le misure pubbliche che rientrano nella nozione di aiuto di Stato, a *fortiori* le misure dei privati che non rientrano in questa nozione possono essere legittimamente concesse. Anzi, quest'ultime misure possono essere adottate senza rispettare gli obblighi di notifica e di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, anche se nel dubbio è preferibile conformarsi a questi obblighi procedurali.

Dunque, vengono in rilievo due soluzioni autonome e distinte, l'una che consiste nell'intervento autonomo dei privati senza subire l'interferenza delle autorità pubbliche e l'altra che prevede la concessione di aiuti di Stato soltanto come *extrema ratio* e dopo la condivisione interna degli oneri con mezzi propri della banca.

Questo è il principale insegnamento desumibile dalla sentenza del Tribunale sulla vicenda Tercas che, se confermato in via definitiva dalla Corte di giustizia, potrebbe consentire al Fondo di recuperare le sue funzioni statutarie e la sua legittimità operativa, modificando in radice i modi, le forme e i tempi di intervento per "aiutare" le banche in difficoltà.

Il riconoscimento dell'autonomia del sistema mutualistico del Fondo solleva, semmai, qualche perplessità sotto il profilo antitrust, visto che il consorzio è una associazione di imprese e le sue deliberazioni possono essere considerate delle intese ai sensi dell'art. 101 TFUE. Sicché, vi possono essere delle preoccupazioni di natura concorrenziale legate, in particolare, a un trasferimento di fatto di importi monetari o di risorse economiche tra operatori concorrenti. Qualche indicazione utile, al riguardo, si ritrova nella decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha censurato l'intesa dell'Unione mutualistica tra i notai del Veneto volta a mettere in comune parte dei proventi dei professionisti al fine di garantire un reddito minimo mensile a tutti gli associati<sup>27</sup>. Questo meccanismo di *revenue sharing* è stato considerato dall'Autorità idoneo a distorcere gli incentivi dei professionisti a competere per l'acquisizione di maggiore quote di mercato.

Nondimeno, in linea con l'approccio economico della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, occorre considerare che l'accordo tra imprese può rientrare nella libertà di svolgere attività d'impresa ed essere compatibile con il diritto antitrust se presenta caratteristiche ambivalenti sul mercato o restrizioni modeste, in particolare, non incidendo sulle condizioni di prezzo, e sulla quantità e qualità dei beni e servizi sul mercato. La valutazione positiva dell'intesa dipende, ovviamente, dal necessario conseguimento di un obiettivo principale non restrittivo della con-

<sup>26</sup> Per la precisione, la Corte di giustizia ha affermato che "L'adozione di una comunicazione quale la comunicazione sul settore bancario non dispensa la Commissione dall'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere" (Corte giust., 19 luglio 2016, causa C- 526/14, *Kotnik*, ECLI:EU:C:2016:570, p.to 41). Cfr. B. RAGANELLI, *Dal bail-out al bail-in: la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2016, IV, 600.

<sup>27</sup> Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, 23 luglio 2014, I762, *Unione Mutualistica tra notai del Veneto*, in Bollettino n. 33/2014.

correnza e dai possibili benefici per il consumatore<sup>28</sup>, ferma restando l'esigenza di prendere in adeguata considerazione l'interesse generale alla stabilità del sistema finanziario.

Ne consegue che non potrà essere trascurata un'analisi approfondita degli effetti pro-concorrenziali e anticoncorrenziali che l'intervento del Fondo produce sul mercato, ma questa, come si suol dire, è un'altra storia sulla quale il Tribunale non si è pronunciato.

---

<sup>28</sup> Corte giust. 11 settembre 2014, causa C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204.

