



\*

## **Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l'affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità**

DI ANDREA CIRCOLO\*

Sommario: 1. Introduzione: la vicenda e i fatti di causa – 2. La sentenza della Corte. – 2.1. Il requisito dell'origine statale e l'onere della prova. – 2.2. La nozione di «emanazione dello Stato». – 2.3. Il rischio di elusione della direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi. – 2.4. L'analisi globale degli indizi. – 2.5. Lo snaturamento di fatto e di diritto. – 3. L'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Commissione. – 4. Considerazioni conclusive.

### **1. Introduzione: la vicenda e i fatti di causa**

Il caso *Tercas* ha destato grande interesse nella comunità scientifica – e non solo - per gli effetti che la decisione del giudice dell'Unione è destinata a produrre oltre il caso di specie<sup>1</sup>. La pronuncia della Corte, che ha confermato la sentenza resa in primo grado dal Tribunale, arriva sì all'esito di un contenzioso che ha visto opporsi la Commissione ed esponenti del sistema bancario italiano, ma interessa per la sua portata tutte le autorità pubbliche e gli istituti di credito degli Stati membri dell'Unione<sup>2</sup>. Invero, l'interpretazione dell'art. 107 TFUE fornita nei due

---

\* Dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli *Parthenope*.

<sup>1</sup> Per una prima ricostruzione sul tema, v. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *MCR*, n. 2, 2015, p. 327 ss.; L. 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*, n. 5, 2017, p. 284 ss.; D. DIVERIO, *Le misure nazionali di sostegno al mercato bancario: un'applicazione à la carte della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese?*, in *DCI*, n. 3, 2017, p. 603 ss.

<sup>2</sup> Corte giust., 2 marzo 2021, causa C-425/19 P, *Commissione/Italia*; Tribunale, 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, *Italia/Commissione*. Sul giudizio di impugnazione, v. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Banca Tercas 2: la vendetta (fallita) della Commissione europea*, in *OIDU*, n. 2, 2021, p. 309 ss.; A. A. DOLMETTA, L. S. LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari*, in *dirittobancario.it*, 2 marzo 2021; L. IDOT, *Aides d'État - Imputabilité à l'État et mesure de soutien privé*, in *Europe*, n. 5, 2021, p. 33 ss.; sulla sentenza di primo grado la letteratura è vasta: F. FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, p. 391 ss.; D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio di Banca Tercas non è un aiuto di Stato secondo il Tribunale dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, n. 3, 2019, p. 174 ss.; S. AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di "mandato pubblico" (a proposito del "caso FITD/Tercas" – Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Diritto della banca e del*

giudizi è in grado di influenzare notevolmente i futuri interventi della Commissione in materia di aiuti di Stato alle banche.

Prima di procedere all'esame dei punti chiave della questione, giova riassumere brevemente la vicenda e i relativi fatti di causa.

Con decreto del 30 aprile 2012, il Ministro dell'Economia e delle Finanze ha sottoposto la Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo (anche "Tercas") ad amministrazione straordinaria per gravi irregolarità operative e violazioni normative, ai sensi dell'art. 70, comma 1, lett. a), del Testo Unico Bancario.

Per porre fine allo stato di crisi in cui versava l'istituto bancario, dovuto all'inadeguatezza degli assetti della precedente *governance*, il commissario straordinario ha avviato le trattative con la Banca Popolare di Bari (BPB), che aveva manifestato il proprio interesse a sottoscrivere un aumento di capitale di Tercas, a condizione che il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD; d'ora in poi anche Fondo) ne coprisse interamente il *deficit* patrimoniale (ottobre 2013)<sup>3</sup>. Il Fondo è un consorzio di diritto privato tra banche che, in forza del suo statuto, ha il compito di garantire i depositanti dei suoi membri<sup>4</sup>. Invero, se una delle banche consorziate è soggetta a liquidazione coatta amministrativa, il FITD ha l'obbligo di rimborsare i suoi risparmiatori entro il limite di EUR 100 000 per depositante<sup>5</sup> (c.d. intervento obbligatorio); il Fondo ha invece la facoltà di intervenire a sostegno di un proprio membro sottoposto ad amministrazione straordinaria - mediante finanziamenti, garanzie o assunzioni di partecipazioni - qualora vi

---

*mercato finanziario*, vol. XXXIII, n. 2, 2019, p. 364 ss.; G. 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*, n. 8, 2019, p. 2 ss.; C. BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, in *RRM*, n. 2, 2018, p. 279 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. La sentenza Tercas: Brussels versus Italy?*, in *OIDU*, n. 4, 2019, p. 686 ss.; P. NICOLAIDES, *The Boundary Between State and Private Resources*, in *stateaidhub.eu*, 19 April 2019; A. PILETTA MASSARO, *Aiuti di Stato: il Tribunale dell'UE smentisce la Commissione nel caso FITD/Tercas*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2020, p. 345 ss.; B. PROFUMO, *Il caso Tercas: una rivoluzione nella disciplina degli aiuti di Stato in materia bancaria o tanto rumore per nulla?*, in *DPCE online*, vol. 39, n. 2, p. 1797 ss.; N. 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 *RRM*, n. 2, 2018, p. 263 ss.; B. STROMSKY, *Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne qui considèrait comme une aide d'État l'intervention d'une banque en difficulté, et estime que cette intervention n'est pas imputable à l'État, ni financée par des ressources d'État*, in *concurrences.com*, n. 2, 2019, p. 137 ss.; V. TURCHINI, *Salvataggi bancari e aiuti di Stato: il caso Tercas al vaglio dei giudici europei*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 2, 2019, p. 226 ss.; A. 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 (bancaditalia.it), n. 85, 2019, p. 9 ss.; G. VITALE, *The General Court's Ruling in Tercas: Between Imputability of the Aid to the State and Use of State Resources*, in *EP*, vol. 4, n. 3, 2019, p. 895 ss.

<sup>3</sup> Come fatto presente da O. CAPOLINO, *Risanamento e risoluzione delle banche: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in P. VALENSISE, M. MANCINI, V. SANTORO (a cura di), *Mercato e regole*, Torino, 2017, p. 625, l'intervento dei fondi di garanzia è un avvenimento ricorrente nella gestione della crisi bancaria: «[nella] pratica applicazione, le procedure italiane di gestione delle crisi si sono concluse in genere attraverso ricapitalizzazioni o cessioni di attività o passività; un ruolo importante è stato svolto dai fondi di garanzia dei depositi, che molto spesso sono intervenuti anticipatamente, rispetto al previsto rimborso dei depositanti, con modalità "alternative" (finanziamenti, garanzie, acquisizione di partecipazioni) in vista del ritorno in bonis della banca o quanto meno della conservazione del complesso aziendale».

<sup>4</sup> Il Fondo costituisce un sistema di garanzia dei depositanti, al quale ogni istituto di credito è obbligato ad aderire ai sensi della direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014 (art. 4).

<sup>5</sup> Art. 33 Statuto FITD, già art. 27.

siano fondate prospettive di risanamento e ove sia prevedibile un minor onere per il Fondo rispetto a quello derivante in caso di intervento obbligatorio (c.d. intervento volontario)<sup>6</sup>.

All'esito di una specifica *due diligence* e di una contrattazione tra BPB e il Fondo<sup>7</sup>, l'accordo raggiunto prevedeva un contributo del FITD pari a EUR 330 milioni in applicazione dello schema volontario, apparso meno dispendioso rispetto all'eventuale indennizzo tramite intervento obbligatorio (30 maggio 2014)<sup>8</sup>. La Banca d'Italia ha approvato l'operazione (7 luglio 2014) e il regime di amministrazione straordinaria è stato revocato (1° ottobre 2014).

Con decisione del 23 dicembre 2015, la Commissione riteneva illegittimo l'intervento del FITD a sostegno di Banca Tercas<sup>9</sup>. Pur essendo il Fondo un ente di natura privata, secondo la Commissione la misura costituiva in realtà un aiuto di Stato da parte dell'Italia, incompatibile con il mercato interno, e per questo motivo ne ordinava l'immediato ed effettivo recupero. In particolare, l'intervento del FITD in favore di Tercas era imputabile allo Stato italiano per due ragioni: a) i fondi impiegati dal FITD a salvataggio delle banche consorziate costituirebbero contributi obbligatori di natura parafiscale, e andrebbero dunque considerate risorse soggette al pubblico controllo; b) gli interventi del Fondo sarebbero espressione di un mandato pubblico statale, come prescritto dalle conferenti norme del TUB<sup>10</sup>; tale circostanza sarebbe confermata dalla posizione di controllo e di indirizzo rivestita dalla Banca d'Italia nel contesto dell'operazione, culminata nell'autorizzazione dell'intervento, che rappresenterebbe indice dell'influenza pubblica decisiva ai fini dell'adozione della misura.

L'Italia, BPB e il Fondo, sostenuti dalla Banca d'Italia, hanno proposto ricorso al Tribunale, che ha annullato la decisione controversa, non ritenendo soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 107 TFUE. In particolare, il Tribunale ha constatato come gli indizi di imputabilità addotti dalla Commissione non fossero sufficienti a dimostrare che l'aiuto fosse stato concesso dallo Stato o mediante l'utilizzo di risorse statali. La Commissione ha impugnato la sentenza di primo grado dinanzi alla Corte, asserendo che il Tribunale avesse commesso alcuni errori di diritto e snaturato i fatti pertinenti, ma la Corte ha respinto integralmente l'appello.

## 2. La sentenza della Corte

La pronuncia della Corte non inaugura un nuovo indirizzo giurisprudenziale – è bene ricordarlo, è confermativa della sentenza del Tribunale - e per questa ragione non va sovrastimata<sup>11</sup>; ma ha certamente il merito di precisare le maglie dell'onere probatorio in capo alla Commissione nell'individuazione degli aiuti di Stato.

---

<sup>6</sup> V. l'allora art. 29 Statuto FITD (cfr. con l'odierno art. 35). Tra gli interventi a titolo facoltativo, v. anche l'art. 34 dello Statuto FITD (Interventi in operazioni di cessione di attività e passività - già art. 28).

<sup>7</sup> Il Fondo il costo dello schema volontario era inferiore.

<sup>8</sup> EUR 265 milioni a copertura del *deficit* patrimoniale; EUR 65 milioni - a titolo di garanzia - di cui 35 per la copertura del rischio sulle esposizioni (gruppo Samorì) e 30 per oneri fiscali.

<sup>9</sup> 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, pag. 1). La decisione interveniva dopo una richiesta di chiarimenti formulata informalmente nell'agosto 2014 e proseguita formalmente con l'avvio dell'istruttoria *ex art.* 108, par. 2, TFUE in data 2 marzo 2015.

<sup>10</sup> V. l'allora art. 96 *bis*.

<sup>11</sup> Di questo avviso era stato già, con riferimento alla sentenza del Tribunale, A. PILETTA MASSARO, *op. cit.*, p. 349: «Quest'ultima, pur rappresentando una decisione molto importante e dal forte impatto sistemico, presenta considerazioni di carattere eminentemente tecnico e fattuale, cioè di verifica della sussistenza o meno dei caratteri necessari per configurare l'intervento in questione come aiuto di Stato. Pertanto, ogni tentativo o tentazione di

## 2.1. Il requisito dell'origine statale e l'onere della prova

Il primo motivo addotto dalla Commissione riguardava la violazione, da parte del Tribunale, dell'art. 107 TFUE. In particolare, la Commissione sosteneva che il Tribunale le aveva imposto, per stabilire se i requisiti dell'imputabilità e delle risorse statali fossero soddisfatti nel caso di specie, un onere della prova più gravoso di quello stabilito dalla giurisprudenza della Corte. Secondo la Commissione, infatti, la necessità di distinguere la modalità di prova dell'aiuto sulla base della natura pubblica o privata dell'ente concedente non trova riscontro nel *case-law* della Corte.

Pare appena il caso di ricordare che, affinché una misura sia qualificata come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE, devono essere soddisfatte quattro condizioni cumulative: l'intervento dello Stato, ovvero mediante risorse statali; la selettività del vantaggio; il pregiudizio agli scambi tra gli Stati membri; il pregiudizio alla concorrenza<sup>12</sup>.

Seppur oggetto di discussione in primo grado, la sussistenza delle ultime tre condizioni pareva essere pacifica. È fuor di dubbio, infatti, che l'intervento del Fondo fosse in grado di procurare un vantaggio selettivo (è riferibile solo a Tercas); di incidere negativamente sugli scambi tra Stati membri (la rilevanza di Tercas la pone in concorrenza con altre imprese bancarie estere); e di falsare la concorrenza (il salvataggio evita la bancarotta e la conseguente uscita dal mercato del beneficiario dell'aiuto).

Lo stesso non può dirsi per la prima delle condizioni, vale a dire l'origine statale dell'aiuto, sulla quale si è incentrata principalmente la controversia.

Per giurisprudenza ormai consolidata della Corte, affinché possa configurarsi tale condizione, la Commissione deve provare tanto che l'aiuto sia stato concesso dallo Stato, quanto che sia stato fatto utilizzo di risorse statali<sup>13</sup>.

Già nella sentenza di primo grado, il Tribunale aveva messo in rilievo come la Commissione non avesse cercato di distinguere chiaramente tra il requisito relativo all'imputabilità di un aiuto allo Stato e quello relativo alle risorse statali.

---

intravedere dietro a tale pronuncia un portato maggiormente espansivo non risulta giustificato dal tenore della sentenza, la quale non trascende quello che è il suo ruolo, ovvero l'applicazione del diritto al caso concreto, senza considerazioni ulteriori». Tra le altre cose, dal momento che la controversia si incentrava essenzialmente su questioni di fatto (l'effettività dell'influenza dell'Italia e della BDI sul FITD), difficilmente la sentenza della Corte avrebbe potuto assumere maggiore rilevanza rispetto alla statuizione del Tribunale.

<sup>12</sup> Corte giust., 16 marzo 2021, causa C-562/19 P, *Commissione/Polonia*, punto 24; 17 settembre 2020, causa C-212/19, *Compagnie des pêches de Saint-Malo*, punto 38; 11 giugno 2020, cause riunite C-262/18 P e C-271/18 P, *Commissione/Dôvera zdravotná poisťovňa*, punto 26; 7 maggio 2020, causa C-148/19 P, *BTB Holding Investments e Dufferco Participations Holding/Commissione*, punto 44; 25 luglio 2018, causa C-128/16 P, *Commissione/Spagna (Tax lease)*, punto 35; 13 settembre 2017, causa C-329/15, *ENEA*, punto 17; 18 maggio 2017, causa C-150/16, *Fondul Proprietatea*, punto 13; 21 dicembre 2016, cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione/World Duty Free Group e a.*, punto 53; 21 dicembre 2016, causa C-524/14 P, *Commissione/Hansestadt Lübeck*; punto 40; 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, punto 31. V. anche la comunicazione della Commissione, del 19 luglio 2016, sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, C/2016/2946. Nella letteratura, tra i più recenti, v. I. AGNOLUCCI, A. BIONDI, *Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, p. 33 ss., spec. P. 39 ss.; E. GAMBARO, *Centralità della nozione di aiuto di stato e sviluppi della giurisprudenza europea*, in questa *Rivista*, n. 1, 2021, p. 77 ss.

<sup>13</sup> Non è sempre stato così. V. Corte giust., 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Weinlig*, dove la Corte considerava aiuti di Stato misure imputabili allo Stato pur senza l'utilizzo di risorse statali. L'orientamento è poi mutato in 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*. V. anche 7 maggio 1998, cause riunite C-52-54/97, *Viscido*; 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*; 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, punto 35; Tribunale, 5 aprile 2006, causa T-351/02, *Deutsche Bank/Commissione*, punto 103.

Nella sua pronuncia, la Corte ha sottolineato che anche nell'impugnazione la Commissione non aveva distinto la prova delle due sotto-condizioni e che dall'atto di appello non apparivano censure specifiche al requisito della risorsa statale<sup>14</sup>. Dal momento che si tratta di due sotto-condizioni cumulative e non alternative, la Corte avrebbe potuto sin da subito evidenziare come la "mancata" impugnazione della ricostruzione del Tribunale sul requisito delle risorse statali costituisca un fattore decisivo e che il primo motivo andasse respinto senza dover valutare i presunti errori del Tribunale con riferimento all'imputabilità, dal momento che, in ogni caso, non avrebbero avuto alcun impatto sul dispositivo della sentenza appellata. Nondimeno, la Corte ha ritenuto ugualmente di dover esaminare tale motivo di ricorso, anche se, per l'appunto, solamente in relazione alla sotto-condizione dell'imputabilità.

Come è noto, per verificare se una misura d'aiuto sia imputabile allo Stato, occorre valutare se le autorità pubbliche abbiano inciso in qualche modo sull'adozione della stessa<sup>15</sup>. Se la misura è prevista dalla legge o da un provvedimento amministrativo, è indubbio che essa sia imputabile allo Stato<sup>16</sup>. Il problema dell'imputabilità si pone quando l'aiuto è formalmente concesso da un organismo distinto dallo Stato, quale un'impresa pubblica o un ente privato<sup>17</sup>.

Il fatto che una misura sia concessa da un ente privato – come il FITD, nella fattispecie – non ne esclude *a priori* la natura di aiuto di Stato. Per evitare che siano creati appositi enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti per aggirare le norme del Trattato (c.d. rischio di sotto-inclusione)<sup>18</sup>, o, al contrario, che siano inclusi vantaggi che non sono imputabili allo Stato o che non comportano l'utilizzo di risorse statali (c.d. rischio di sovra-inclusione)<sup>19</sup>, la valutazione sulla configurabilità della prima condizione deve concentrarsi su ogni elemento utile risultante dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento in questione è stato adottato; gli indizi devono cioè suggerire un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di un'assenza di coinvolgimento nell'adozione della misura (c.d. test *Stardust*)<sup>20</sup>.

Nella sentenza di primo grado, il Tribunale aveva stabilito che la Commissione non poteva limitarsi a dimostrare l'improbabilità della mancanza d'influenza e di controllo effettivo delle

---

<sup>14</sup> Che un indizio possa essere valevole a dimostrare sia l'imputabilità che l'utilizzo delle risorse statali è fuori discussione; altra cosa, tuttavia, è la *reductio ad unum* nella prova delle due sotto-condizioni. Cfr. F. FERRARO, *op. cit.*, p. 6: «In realtà, questi due elementi sono cumulativi, ma spesso vengono considerati insieme in quanto riguardano entrambi l'origine pubblica della misura in questione».

<sup>15</sup> Corte giust., 2 febbraio 1988, cause riunite 67/85, 68/85 e 70/85, *Kwekerij van der Kooy e a./Commissione*, punto 35; 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Association Vent De Colère! e a.*, punti 17 e 18; 13 settembre 2017, causa C-329/15, *ENEA*, punto 21; 28 marzo 2019, causa C-405/16 P, *Germania/Commissione*, punto 49; 15 maggio 2019, causa C-706/17, *Achema e a.*, punto 48.

<sup>16</sup> Corte giust., 19 dicembre 2019, causa C-385/18, *Arriva Italia e a.*, punti 34 e 65.

<sup>17</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Wathelet, dell'8 maggio 2014, alla causa *Commerz Nederland*, C-242/13, punto 65.

<sup>18</sup> Corte giust., 3 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, punto 58; 9 novembre 2017, causa C-656/15 P, *Commissione/TV2-Danmark*, punto 45.

<sup>19</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe, del 22 marzo 2017, nella causa *ENEA*, C-329/15, punti 68 e 69. Sul tema, in dottrina, v. T. ILIOPOULOS, *Is ENEA the new Preussen Elektra?*, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 17, n. 1, 2018, p. 19 ss., spec. pp. 26 e 27.

<sup>20</sup> Corte giust., 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Commissione/Francia (Stardust)*, punto 56. Cfr., ancor prima, le conclusioni dell'avv. gen Jacobs, del 26 ottobre 2000, alla causa *PreussenElektra*, cit., punto 115 e seguenti. Più di recente, 17 settembre 2014, causa C-242/13, *Commerz Nederland*, punto 33; 10 dicembre 2020, causa C-160/19 P, *Comune di Milano/Commissione*, punto 48.

autorità nazionali, ma che, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, la misura fosse stata adottata sotto l'influenza o il controllo effettivi delle stesse.

Nel confermare la pronuncia del Tribunale, la Corte ha avuto modo di puntualizzare i termini del proprio orientamento, in un'ottica meno presuntiva e maggiormente garantista<sup>21</sup>.

L'indirizzo inaugurato con la sentenza *Stardust* promuove un accertamento dell'origine statale dell'aiuto di carattere sostanziale<sup>22</sup>. La giurisprudenza *Stardust* prende atto del fatto che un aiuto concesso da un organismo diverso dallo Stato non può essere dedotto unicamente dalla circostanza che l'ente erogatore si trovi sotto il controllo statale, dato che, anche se si tratti di un'impresa pubblica, essa potrebbe comunque agire in totale autonomia; nondimeno, l'assenza di una presunzione automatica non può comunque equivalere alla necessità di fornire la prova diretta che la pubblica autorità abbia esortato l'ente a concedere materialmente l'aiuto, poiché, in questo modo, toccherebbe alla Commissione fornire una prova del diavolo<sup>23</sup>. Per tali motivi, la giurisprudenza indica un insieme di indizi che mirano a dimostrare, pur in assenza di un'istruttoria precisa, che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione della misura d'aiuto<sup>24</sup>.

Se il test *Stardust* risulta necessario per un'impresa pubblica, che pure presenta un qualsivoglia legame con lo Stato, a maggior ragione esso deve applicarsi anche ad un ente privato. La prova del «coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero [della] improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento» dipende essenzialmente, come detto, dalle circostanze del caso di specie.

Nel caso di un ente privato come il FITD, proprio lo *status* giuridico del Fondo, nonché l'assenza di un vincolo di capitale pubblico, costituiscono indizi che tendono a confermare una mancanza di coinvolgimento statale. A differenza di un'impresa pubblica, infatti, un ente privato è dotato di totale autonomia organica, la quale spinge a presumere una piena indipendenza anche sul piano decisionale e operativo<sup>25</sup>. Ciò vuol dire che gli indizi di senso

---

<sup>21</sup> Sono poche le pronunce in tema di imputabilità allo Stato delle misure di aiuto adottate da un ente privato. Si vedano Corte giust., 15 luglio 2004, causa C-345/02, *Pearle e a.*, spec. punti 36 e 37; 30 maggio 2013, causa C-677/11, *Doux Élevage e Coopérative agricole UKL-ARREE*, spec. punto 41.

<sup>22</sup> Approccio tipico nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>23</sup> *Stardust*, cit., punti 53 e 54: «[...] non si può pretendere che venga dimostrato, sulla base di un'istruttoria precisa, che le autorità pubbliche hanno concretamente incitato l'impresa pubblica ad adottare i provvedimenti di aiuto in questione. Infatti, da un lato, considerato che tra lo Stato e le imprese pubbliche sussistono relazioni strette, vi è un rischio reale che aiuti statali vengano concessi per il tramite di tali imprese pubbliche in maniera poco trasparente ed in violazione del regime previsto dal Trattato per gli aiuti statali. Dall'altro lato, come regola generale, sarà assai difficile per un terzo, proprio a motivo delle relazioni privilegiate che esistono tra lo Stato ed una determinata impresa pubblica, dimostrare nel caso concreto che eventuali provvedimenti di aiuto adottati da una tale impresa sono stati effettivamente assunti dietro istruzione delle autorità pubbliche». Restando sul caso di specie, costituisce un'impresa ardua, ad esempio, provare la telefonata di un governatore di una Banca centrale o di un ministro volta ad influenzare l'assunzione e/o il contenuto di una misura di intervento.

<sup>24</sup> L'integrazione dell'ente erogatore nelle strutture dell'amministrazione pubblica; la natura delle attività svolte; la forma giuridica dell'impresa; l'esercizio dell'attività di impresa sul mercato in normali condizioni di concorrenza; l'ingerenza dell'autorità pubblica sulla gestione dell'impresa. In giurisprudenza, di recente, Corte giust., 23 novembre 2017, causa C-472/15 P, *SACE e Sace BT/Commissione*, punto 36.

<sup>25</sup> Sul punto, v. l'art. 2, lett. b), della direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, nella quale si definisce impresa pubblica «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina». In giurisprudenza, cfr. Tribunale, 25 giugno 2015, causa T-305/13, *SACE e Sace BT/Commissione*, punti 40 e 41.

contrario prodotti dalla Commissione non possono limitarsi ad attestare l'improbabilità di una mancanza di un'influenza e di un controllo effettivi da parte dello Stato - o la probabilità di un'influenza, che dir si voglia - bensì devono dimostrare concretamente un coinvolgimento effettivo dello stesso<sup>26</sup>.

Se è vero che la congiunzione disgiuntiva «ovvero» della formula può indurre in errore, nel senso di ritenere equivalenti il coinvolgimento e l'improbabilità della mancanza dello stesso, in realtà pare ben chiaro come il giudizio di improbabilità sia maggiormente presuntivo della prova del controllo effettivo, e che dunque una valutazione di natura prognostica può essere effettuata solo e soltanto quando le circostanze del caso di specie già rivelino indizi probanti nella direzione dell'origine statale dell'aiuto, quali, ad esempio, la forma pubblica dell'impresa. Parificando il giudizio di imputabilità di un ente pubblico con quello di un ente privato, si finirebbe per disconoscere l'effetto utile della differenziazione operata dalla formula *Stardust*, e per perdere così di vista la *ratio* del test<sup>27</sup>, vale a dire conservare un punto di equilibrio tra il rischio di sovra-inclusione e quello di sotto-inclusione.

Pare dunque corretta l'analisi del giudice dell'Unione secondo la quale il Tribunale non ha disatteso la giurisprudenza *Stardust* nello stabilire che nel caso di specie non fosse sufficiente dimostrare l'improbabilità, ma servisse una prova positiva dell'influenza statale. L'obbligo della Commissione di provare in modo giuridicamente adeguato il coinvolgimento pubblico «è tanto più necessario» in una situazione in cui la misura in questione è adottata da un ente privato, che di regola non si trova sotto il controllo dello Stato<sup>28</sup>. Il livello di prova più rigoroso non è imposto dal Tribunale, ma è insito nell'accertamento richiesto, che è naturalmente diverso qualora la misura sia concessa da un'impresa pubblica o da un ente privato come il FITD<sup>29</sup>.

## 2.2. La nozione di “emanazione dello Stato”

In subordine, la Commissione aveva fatto presente come il FITD rappresentasse un'«emanazione dello Stato», poiché ad esso sono stati affidati compiti specifici ai sensi della direttiva 94/19 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (SGD)<sup>30</sup>. Per questo motivo, anche

---

<sup>26</sup> Nello stesso senso, G. VITALE, *op. cit.*, p. 904: «As to the methodology, it seems entirely appropriate to impose a more onerous standard of proof on the Commission when the contested measure is adopted by a State-owned or private entity. In those situations, indeed, merely circumstantial evidence is not enough to prove the existence of a decisive influence by the State on the decision-making process culminating in the adoption of the contested measure and on the use of the resources through which the measure is financed».

<sup>27</sup> E non solo. Giova ricordare, più in generale, che la nozione di aiuto di Stato ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di «elementi obiettivi»: Corte giust., 22 dicembre 2008, causa C-487/06 P, *British Aggregates/Commissione*, punto 111; 30 novembre 2016, causa C-486/15 P, *Commissione/Francia e Orange*, punto 87.

<sup>28</sup> Punto 69 della sentenza del Tribunale e punto 66 della sentenza della Corte.

<sup>29</sup> Tra le altre cose, vale la pena di precisare, come correttamente ricostruito dall'avv. gen. Tanchev nelle conclusioni accluse alla causa (29 ottobre 2020), che la questione riguardava più «il livello di prova (che determina il grado di certezza o di persuasione necessario per dimostrare un fatto) che l'onere della prova (che determina quale parte deve provare i fatti e sopporta il rischio che i fatti non siano provati)». Sul livello probatorio imposto dalla Corte nel diritto della concorrenza e sui relativi criteri di scelta, v. le conclusioni dell'avv. gen. Jääskinen alla causa *Francia/Commissione*, C-559/12 P, punto 34. In dottrina, v. F. CASTILLO DE LA TORRE-É. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham, 2017, spec. punto 2.002 ss.; A. KALINTIRI, *Evidence Standards in EU Competition Enforcement: The EU Approach*, Oxford, 2019, p. 33 ss.

<sup>30</sup> Direttiva 94/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, abrogata dalla direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. In dottrina, sui SGD, v. i numerosi contributi di S. MACCARONE, tra cui: Il sistema di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo, Relazione al Convegno “Meccanismo unico di Risoluzione: sfide ed opportunità

qualora la Corte avesse ritenuto sussistente un onere della prova più gravoso in caso di misura adottata da un ente privato, questo non avrebbe trovato applicazione per il FITD perché esso costituirebbe un organismo pubblico<sup>31</sup>.

L'interpretazione della Commissione faceva leva su quella giurisprudenza della Corte che determina quando un organismo di diritto privato può essere equiparato allo Stato per quanto concerne l'effetto verticale delle direttive<sup>32</sup>. Nel respingere l'argomento della Commissione, la Corte si è limitata ad affermare come la nozione di "emanazione" fosse stata sviluppata in un contesto del tutto estraneo alla disciplina della concorrenza tra Stati e la sua applicazione analogica non trovasse alcuna giustificazione idonea.

In ogni caso, anche a ritenere applicabile la giurisprudenza *Foster*, il Fondo non manifesta i crismi dell'emanazione dello Stato, ossia un organismo o un ente soggetto all'autorità o al controllo dello Stato. Come messo in luce dall'analisi degli indizi di cui si dirà a breve<sup>33</sup>, l'intervento del FITD a salvataggio di Tercas costituiva esercizio di una facoltà - e non di un obbligo - prevista dallo Statuto<sup>34</sup>.

### 2.3. Il rischio di elusione della direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi

A conclusione della prima parte del primo motivo, la Commissione lamentava come la sentenza del Tribunale favorisse l'opportunità, da parte degli Stati membri e delle banche, di eludere la normativa in materia di unione bancaria. Secondo la Commissione, l'impossibilità di utilizzare la prova negativa in caso di aiuto concesso da un ente privato renderebbe complicato, se non impossibile, dimostrare l'imputabilità delle misure quando adottate da sistemi di garanzia dei depositi che siano composti da istituti di credito privati, come il FITD.

È opportuno ricordare che ai sensi dell'art. 11, par. 3, della direttiva 2014/49/UE<sup>35</sup>, i sistemi di garanzia dei depositi possono utilizzare le proprie risorse finanziarie per adottare misure alternative alla risoluzione che evitino il dissesto di una società bancaria. Ciò può accadere,

---

per il sistema bancario italiano", Siena, 2016, p. 10 ss., in *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, p. 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, p. 610 ss.; *Sistemi di garanzia dei depositanti*, in F. BELLÌ, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al dlgs 1° settembre 1993, n. 385*, vol. II, Bologna, 2003, p. 1625 ss.

<sup>31</sup> Secondo i resistenti, tale motivo di ricorso andava dichiarato irricevibile, dal momento che la Commissione non lo aveva dedotto nel ricorso di primo grado. A tal proposito, va rammentato che, secondo la giurisprudenza della Corte, un argomento non dedotto in primo grado non può essere considerato alla stregua di un motivo nuovo, e dunque dichiarato irricevibile in sede di impugnazione, se «rappresenta un mero ampliamento di un argomento già sviluppato nell'ambito di un motivo presentato nel ricorso dinanzi al Tribunale» (*ex multis*, Corte giust., 30 gennaio 2019, causa C-587/17 P, *Belgio/Commissione*, punto 40; 13 luglio 2017, causa C-60/15 P, *Saint-Gobain Glass Deutschland/Commissione*, punto 51). Dal momento che l'argomento dell'emanazione dello Stato costituisce un ampliamento interno al motivo concernente l'onere della prova, la censura è stata dichiarata giustamente ricevibile dalla Commissione.

<sup>32</sup> È il c.d. test *Foster*: Corte giust., 12 luglio 1990, causa C-188/89, spec. punto 18. La portata del test è stata recentemente rivista (*rectius*, precisata) con la sentenza *Farrell*: 10 ottobre 2017, causa C-413/15, spec. punti 38 e 40. V. anche 6 settembre 2018, causa C-17/17, *Hampshire*, punto 54; 19 dicembre 2019, C-168/18, *Pensions-Sicherungs-Verein*, punto 48.

<sup>33</sup> V. *infra*, par. 2.4.

<sup>34</sup> Nel caso *Farrell*, il Motor Insurers Bureau of Ireland è stato considerato dalla Corte un'emanazione dello Stato perché il legislatore irlandese ha reso obbligatoria l'affiliazione a tale organismo per tutti gli assicuratori di automobili.

<sup>35</sup> Sopra citata.

tuttavia, solamente qualora non sia stata già attivata alcuna azione di risoluzione *ex art. 32* della direttiva 2014/59/UE (c.d. BRRD)<sup>36</sup>. Tra le circostanze che determinano l'attivazione della risoluzione vi è la necessità, da parte dell'ente, di ricevere «un sostegno finanziario pubblico straordinario» (art. 32, par. 4, lett. *d*, della direttiva 2014/59), sostegno che, ai sensi dell'art. 2, par. 1, punto 28, della medesima direttiva, costituisce un aiuto di Stato *ex art. 107* TFUE.

A detta della Commissione, essendo impossibile provare l'imputabilità della misura in virtù dell'onere della prova imposto dal Tribunale, per forza di cose l'intervento del FITD non potrebbe mai essere considerato un sostegno finanziario pubblico straordinario (e dunque un aiuto di Stato), ragion per cui gli interventi di SGD come il Fondo potrebbero rappresentare soltanto interventi alternativi, in grado di aggirare sempre e comunque l'attivazione della procedura di risoluzione.

La ricostruzione della Commissione è opinabile sotto diversi punti di vista. Fermo restando che il Tribunale ha correttamente applicato la giurisprudenza *Stardust*, la Corte si è limitata a respingere l'argomento secondo il quale una misura di intervento adottata da un sistema di garanzia dei depositi non possa mai essere qualificata come aiuto di Stato, rammentando come ciò dipenda dalle caratteristiche del SGD e dal tipo di misura. Alle volte, difatti, le interferenze sui sistemi di garanzia dei depositi sono certamente più incisive e perciò riconducibili alla sfera di controllo pubblico<sup>37</sup>. E non a caso, anche nel passato recente, diverse misure dei sistemi di garanzia dei depositi sono state considerate aiuti di Stato e rimaste incontestate<sup>38</sup>.

Al contrario, va pure aggiunto che, sposando la linea della Commissione, qualsiasi misura adottata da un sistema di garanzia dei depositi finirebbe per essere considerata un aiuto di Stato, con ciò vanificando gli effetti dell'art. 11, par. 3, della direttiva 2014/49<sup>39</sup>.

---

<sup>36</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.

<sup>37</sup> Si faccia l'esempio del SGD olandese, che è totalmente controllato dalla De Nederlandsche Bank, e la cui imputabilità degli interventi allo Stato è indiscutibile. Dello stesso avviso è G. BRANCADORO, *op. cit.*, p. 3, che "giustifica" la valutazione operata dalla Commissione alla luce della mancata comprensione della specificità del sistema bancario italiano: «Un errore di prospettiva in cui è incorsa la Commissione può derivare dalla specificità del sistema italiano nel quale il Fondo di Garanzia dei Depositi può svolgere, a latere dell'attività istituzionale (l'intervento sui depositi protetti), anche interventi volontari tesi al risanamento di una banca, fuori dallo spettro dell'attività dovuta per legge. Senonché – e qui mi sembra un punto rilevante – agli occhi della Commissione è difficile comprendere come e perché un intervento di sostegno di un consorzio di banche ad altra banca (sotto forma di una sorta di scopo mutualistico, accennato in motivazione), possa effettivamente avvenire senza la coercizione o influenza dominante dello Stato. Ciò che in altri termini equivale a sostenere apoditticamente che è esclusa in tesi la "volontarietà" di un intervento di tal fatta». In questo senso, v. E. MARTINO, *The Bail-in Beyond Unpredictability: Creditors' Incentives and Market Discipline*, in *European Business Organization Law Review*, 2020, p. 14 (nota 88).

<sup>38</sup> V., ad esempio, le tre decisioni della Commissione in tema di SGD e aiuti di Stato richiamate in quella relativa a Tercas: 1° agosto 2011, n. SA.33001 (2011/N) – Danimarca – Parte B – Modifica del sistema danese di liquidazione degli enti creditizi [C(2011) 5554 final]; decisione della Commissione del 30 maggio 2012, n. SA.34255 (2012/N) – Spagna – Ristrutturazione di CAM e Banco CAM – [C(2012) 3540]; e decisione della Commissione del 18 febbraio 2014, n. SA.37425 (2013/N) – Polonia – Regime di liquidazione ordinata delle cooperative di credito [C(2014) 1060 final].

<sup>39</sup> Sconfessando quanto stabilito dalla stessa Commissione nella comunicazione 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, punto 63: «Gli interventi dei fondi di garanzia dei depositi per rimborsare i titolari dei conti in conformità con gli obblighi degli Stati membri a norma della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi non costituiscono aiuti di Stato. Il ricorso a tali fondi o a fondi simili per favorire la

## 2.4. L'analisi globale degli indizi

A sostegno del proprio ricorso, la Commissione adduceva anche la mancata analisi globale, da parte del Tribunale, degli indizi prodotti per dimostrare l'imputabilità del salvataggio di Tercas allo Stato italiano<sup>40</sup>. Anche in questa circostanza, la Corte si è limitata a sottolineare come tale analisi fosse in realtà stata effettuata (punti 71-82 della sentenza del Tribunale) e come questa avesse correttamente preceduto il susseguente giudizio.

Ad onor del vero, proprio la valutazione degli indizi metteva in luce in ogni caso l'insufficienza dell'impianto probatorio presentato dalla Commissione. Sul punto, deve concordarsi con l'avv. gen. Tanchev secondo il quale tutto il primo motivo andasse dichiarato inconferente dal momento che, a prescindere dal livello di prova applicato dal Tribunale (effettività o improbabilità), gli argomenti spingevano a concludere nel senso della non imputabilità dell'intervento del Fondo all'Italia<sup>41</sup>.

Il primo indizio si fondava sul dettato dell'allora art. 96-ter, primo comma, lett. d) del TUB, ai sensi del quale la Banca d'Italia autorizza gli interventi degli SGD «avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario». Secondo la Commissione, la circostanza che tutti gli interventi del Fondo sono autorizzati da BDI e che essi tendono a tutelare i risparmiatori sarebbe indice dell'influenza della Banca d'Italia sull'assunzione della decisione.

L'argomento della Commissione muoveva sull'erronea convinzione che ogni misura di intervento adottata dal Fondo sia in esecuzione di un mandato pubblico. In verità, quando il FITD agisce a sostegno di una banca aderente, come nel caso di specie, l'intervento è di natura facoltativa, adottato autonomamente e nell'interesse privato delle consorziate, e non già scaturente da un obbligo di legge nell'interesse pubblico (il rimborso dei depositanti)<sup>42</sup>. La ricapitalizzazione preventiva ex art. 29 dello Statuto mira ad evitare conseguenze economiche più onerose a danno delle consorziate in caso di liquidazione coatta amministrativa (c.d. principio del minor costo)<sup>43</sup>, e perciò va inquadrata al di fuori del mandato pubblico per la tutela dei depositi così come prescritto dalla direttiva.

---

ristrutturazione degli enti creditizi può tuttavia costituire aiuto di Stato. Anche se i fondi in questione potrebbero provenire dal settore privato, essi possono costituire aiuti nella misura in cui sono soggetti al controllo dello Stato e la decisione relativa all'utilizzo dei fondi è imputabile allo Stato. La Commissione valuterà la compatibilità degli aiuti di Stato concessi sotto forma di interventi di questo tipo alla luce della presente comunicazione» (corsivo aggiunto).

<sup>40</sup> L'analisi globale degli indizi, intesa come l'individuazione di ogni elemento favorevole o sfavorevole ai fini della configurabilità del divieto, costituisce un principio che conferma l'azione della Commissione nella disciplina degli aiuti di Stato, e non solo nel settore bancario. V., da ultimo, Corte giust., 4 marzo 2021, causa C-362/19 P, *Commissione/Fútbol Club Barcelona*, punto 57.

<sup>41</sup> Conclusioni del 29 ottobre 2020, sopra citate, punto 132.

<sup>42</sup> Come fa giustamente notare C. BUZZACCHI, *op. cit.*, p. 289, «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».

<sup>43</sup> Che richiama, per restare in argomento, al test dell'investitore privato in un'economia di mercato (*ex plurimis*, Corte giust., 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione/Scott*, punto 68). Interessante l'esemplificazione, in termini matematici, illustrata da P. NICOLAIDES, *op. cit.*: «A numerical example can shed light on this important point. FITD had two options: not to intervene and, say, lose 100 with certainty by paying depositors or intervene with, say, a capital injection of only 80 and have only a 70% chance of making Tercas viable again. However, if the intervention failed, FITD would still pay the 100 to depositors. Therefore, the monetary values of the options

In secondo luogo, se è vero che ogni misura di intervento di un SGD necessita di un'autorizzazione da parte di Banca d'Italia, è altresì vero che lo scopo della procedura non è sindacare l'opportunità della misura, bensì verificare il rispetto delle norme prudenziali che regolano il settore bancario. Il rilascio dell'autorizzazione, che interviene solo in via successiva all'assunzione della decisione da parte del Fondo, non figura alcuna influenza di BDI sulla misura di salvataggio, dal momento che non incide né sull'*an* né sul *quomodo*, e nemmeno sul *quando* e sul *quantum* della stessa<sup>44</sup>.

Né tale influenza è stata esercitata in maniera indiretta e informale. La partecipazione dei funzionari della Banca d'Italia alle riunioni degli organi direttivi del FITD non ha avuto alcun impatto sulla decisione, dal momento che essi presenziavano agli incontri solo in veste di osservatori, senza alcun diritto di voto<sup>45</sup>.

Inoltre, anche se a conoscenza dell'andamento delle trattative tra il Fondo, da una parte, e BPB e il commissario straordinario dall'altra, e pur essendoci stato un invito rivolto alle parti a raggiungere un accordo equilibrato sulla copertura del *deficit*, non vi erano segnali che Banca d'Italia avesse fornito indicazioni tassative sul contenuto della misura<sup>46</sup>.

Infine, il fatto che il commissario straordinario avesse il potere di avviare il procedimento, all'esito del quale vengono adottate le misure in questione, non obbligava il Fondo ad intervenire concretamente all'esito dello stesso. Oltretutto, il Fondo è stato coinvolto nell'operazione non su iniziativa diretta del commissario straordinario, bensì della BPB, la

---

of FITD were: No intervention = Sure loss of 100; Intervention = Return in case of success – loss in case of failure =  $(80 \times 0.7) - ((100 + 80) \times 0.3) = 56 - 54 = 2$ . A chance of getting back 2 is better than a certain loss of 100. Or, to put it differently, a loss of 78 [=  $80 - 2$ ] is better than a loss of 100. But no rational investor who did not have the obligation to compensate depositors would voluntarily invest 80 in a failing bank even if there was a pretty good chance of making it viable again. The expect return of the capital injection itself was a loss of 24 [=  $80 - 56$ ]. FITD would not have intervened unless it was obliged by the state. Once more, the form of the intervention seems to be irrelevant as long as depositors were saved».

<sup>44</sup> Ipotizzare qualcosa di diverso – l'autorizzazione quale strumento di politica pubblica - vuol dire travisare le categorie del diritto amministrativo. Giova ricordare che l'autorizzazione comprende «tutti quei provvedimenti con i quali si elimina un ostacolo giuridico alla produzione di un dato risultato da parte di chi ha [già] competenza a produrlo»: P. GASPARRI, *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959, par. 6 (enfasi aggiunta).

<sup>45</sup> L'Avvocato Capo del Servizio di Consulenza legale della Banca d'Italia, nonché difensore titolare nel giudizio *Tercas*, Olina Capolino, ha descritto il ruolo meramente passivo di BDI come un «convitato di pietra» (Webinar organizzato dalla Associazione Italiana Antitrust – La sentenza *Tercas* della Corte di giustizia e le ristrutturazioni bancarie, 10 marzo 2021). Nell'ottica di una totale trasparenza, la presenza di Banca d'Italia costituiva in realtà un fattore positivo in vista del compimento dell'operazione. Invero, per inciso, la potenziale acquirente di *Tercas*, la Banca popolare di Bari, era all'epoca già sotto vigilanza da parte di BDI, seppur per altre questioni. Si deve dunque concordare con A. VIGNINI, *op. cit.*, p. 31, che sottolinea come «For the Bank of Italy, being kept constantly informed about their progress constituted not only an interest, but also a duty to be carried out in supervising the DGS's activities. Moreover, the authorization represented a way to coordinate the measure with protecting depositors and the stability of the system, and not as a tool to be used to pursue specific economic policy objectives. Consequently, requiring that the Italian supervisory authority be excluded from such an operation would have meant denying and compromising the BOI's mission to safeguard the financial stability of the sector».

<sup>46</sup> Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato*, cit., p. 692: «[...] si può affermare che, al fine di escludere ogni nesso di causalità fra iniziativa dell'organo di gestione dell'impresa e qualificazione dell'intervento del fondo quale aiuto, l'intervento dell'acquirente in merito ad una banca in dissesto deve essere o esclusivamente o prevalentemente iniziativa del terzo privato, piuttosto che un *enticing*, una sollecitazione da parte di un soggetto pubblico. A contrario, laddove l'organo amministrativo si espanda al di fuori del proprio *agere*, divenendo egli stesso "imprenditore" mercé un ruolo attivo nella scelta dell'acquirente privato o finanche gestendo l'intervento, allora vi potrebbe essere il rischio che, ove risorse del fondo fossero utilizzate, queste potrebbero assumere le caratteristiche di aiuti statali».

quale aveva condizionato la sottoscrizione dell'aumento di capitale alla copertura del *deficit* patrimoniale da parte del FITD.

Sembra corretta, dunque, la conclusione a cui sono pervenuti il Tribunale prima, la Corte poi, nel ritenere insufficienti gli elementi messi in luce dalla Commissione per dimostrare l'influenza statale<sup>47</sup>. Del resto, anche la Commissione aveva rilevato che, considerati singolarmente, gli indizi prodotti non fossero di per sé sufficienti per considerare le misure controverse imputabili allo Stato<sup>48</sup>.

## 2.5. Lo snaturamento di fatto e di diritto

Secondo la Commissione, infine, il Tribunale avrebbe snaturato il diritto nazionale e i fatti pertinenti.

Più che far valere un presunto snaturamento, quello della Commissione è sembrato un tentativo di rivalutare alcune questioni di fatto, che, come è noto, non è consentito in secondo grado dal momento che il giudizio di impugnazione è limitato ai soli motivi di diritto<sup>49</sup>. È il caso, ad esempio, della valutazione operata dal Tribunale sull'art. 96-ter TUB, di cui si è già dato conto a proposito della presunta influenza di BDI tramite il rilascio dell'autorizzazione<sup>50</sup>. Nonostante le eccezioni di irricevibilità mosse dai resistenti, la Corte ha comunque analizzato la censura della Commissione.

In particolare, conviene concentrarsi sulla ricostruzione della Commissione in relazione al metodo di finanziamento del FITD.

Secondo la Commissione, la circostanza che gli istituti di credito italiani siano obbligati dalla legge ad aderire al Fondo, nonché il fatto che la disposizione che disciplina i contributi in caso di intervento facoltativo e obbligatorio sia la stessa, sono indici dell'origine statale della misura che il Tribunale non ha erroneamente preso in considerazione.

Ancora una volta, la Corte si è limitata a constatare il corretto operato del Tribunale e a far proprio il ragionamento logico-giuridico del medesimo. La Corte ha rammentato come il Tribunale non avesse affatto dichiarato che il metodo di finanziamento degli interventi obbligatori fosse diverso da quello degli interventi facoltativi, ma come ciò non potesse comunque incidere sulla natura discrezionale della decisione del FITD. Ciò che conta non è il metodo di finanziamento dei contributi, né l'obbligo di aderire al Fondo in quanto sistema di

---

<sup>47</sup> In effetti, come osservato dall'Italia nella memoria difensiva presentata nel procedimento di natura precontenziosa (disponibile su *astrid-online.it*), non c'è alcuna traccia nello Statuto FITD, né tantomeno nel TUB, delle modalità operative attraverso le quali, di regola, lo Stato italiano esercita funzioni di controllo e/o di indirizzo, e cioè: «i) la presenza nell'organo direttivo della società di rappresentanti dello Stato che partecipano attivamente alla formazione del processo decisionale in qualità di membri a tutto tondo del Consiglio di amministrazione; ii) il coinvolgimento di rappresentanti pubblici nell'ambito di organi direttivi costituiti ad hoc per assumere esclusivamente quelle decisioni espressione delle funzioni di interesse generale; iii) la possibilità di esercitare un potere di veto su alcuni decisioni di carattere straordinario assunte dagli azionisti dell'impresa in questione tese a modificare la proprietà, il controllo, la disponibilità di asset strategici o comunque suscettibili di portare pregiudizio all'interesse generale (il c.d. *golden power* o *golden share*)».

<sup>48</sup> V. punto 145 della decisione della Commissione del 23 dicembre 2015, cit.

<sup>49</sup> Tra le tante, Corte giust., 4 marzo 2020, causa C-586/18 P, *Buonotourist/Commissione*, punto 67; ord. 19 dicembre 2019, causa C-741/18 P, *OPS Újpest/Commissione*, punto 19; 13 novembre 2019, causa C-528/18 P, *Outsource Professional Services/EUIPO*, punto 47; 20 dicembre 2017, causa C-70/16 P, *Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Commissione*, punto 47; 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, punto 177.

<sup>50</sup> V. *supra*, par. 2.4.

garanzia, bensì l'effettiva autonomia di scelta sul salvataggio, che è subordinato soltanto al consenso e all'interesse delle banche consorziate.

### 3. L'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Commissione

La conferma della legittimità dell'operato del Fondo e di Banca d'Italia lascia aperta una questione dibattuta sin dalla pronuncia del Tribunale, e cioè la possibilità di esperire un'azione risarcitoria nei confronti della Commissione<sup>51</sup>.

Come è noto, il combinato disposto degli artt. 268 e 340, secondo e terzo comma TFUE riconosce alla Corte di giustizia la competenza a imporre all'Unione di risarcire i danni cagionati dalle sue istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni.

Se è vero che i casi di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni dell'Unione sono cresciuti nel corso degli anni (seppur in maniera contenuta)<sup>52</sup>, è altrettanto vero che la prassi in tema di aiuti di Stato non sembra rientrare in questa tendenza, e non solo dal punto di vista numerico<sup>53</sup>. Ad oggi, si ha conoscenza di ricorsi accolti nei confronti della Commissione sulla sola base di violazioni di carattere procedurale, e mai con riferimento a profili di illegittimità sostanziale<sup>54</sup>.

Nondimeno, proprio l'unicità del caso *Tercas* spinge a valutare se e in che limiti sia accertabile una responsabilità della Commissione per la decisione che aveva ordinato all'Italia di procedere al recupero del presunto aiuto<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> V. la *newsletter* del 2 marzo 2021 dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI news – abi.it), nella quale è riportato che «il Presidente Patuelli chiede che i risparmiatori e le banche concorrenti italiane vengano adeguatamente e tempestivamente risarcite» (p. 3). La dichiarazione fa il paio con la levata di scudi suscitata da alcuni esponenti della scena politica italiana, che hanno richiesto, sin dalla sentenza di primo grado, le dimissioni della vicepresidente della Commissione, e commissaria alla concorrenza, Margrethe Vestager.

<sup>52</sup> Inizialmente, la prova della responsabilità delle istituzioni risultava più gravosa rispetto a quella degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione (leggasi *Francovich*), il che rendeva molto più rare le ipotesi di condanna delle prime. L'allineamento dei due regimi è il risultato di un'evoluzione successiva della giurisprudenza della Corte: 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, punto 42; 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm*, punto 44. R. BARATTA fa presente come i ricorsi accolti siano circa una trentina: *Art. 340 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 2472). Sulla crescita registrata, v. K. GUTMAN, *The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 3, 2011, p. 695 ss. Cfr. anche M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 272.

<sup>53</sup> D. GALLO, *Aiuti di Stato e risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, n. 3, 2019, p. 85: «Se la giurisprudenza e la letteratura in merito ad aiuti e risarcimento del danno quando il convenuto è lo Stato oppure il beneficiario sono minime, lo sono ancora di più con riferimento all'azione risarcitoria nei confronti delle istituzioni UE, in particolare nei confronti della Commissione per aver adottato una decisione, che è stata annullata e ritenuta illegittima dal Tribunale».

<sup>54</sup> V. Tribunale, 8 novembre 2011, causa T-88/09, *Idromacchine*, nel quale la Commissione è stata condannata a versare all'impresa ricorrente la somma di EUR 20 000 a titolo di risarcimento del danno morale da quest'ultima subito. Nella fattispecie, secondo la Corte, la responsabilità extracontrattuale sorgeva dalla violazione dell'obbligo di segreto professionale ai sensi dell'art. 287 CE (oggi art. 339 TFUE); la Commissione avrebbe dovuto infatti astenersi dal divulgare, nella decisione impugnata, come *Idromacchine* fosse incapace di fornire prodotti conformi alle norme in vigore e di rispettare i suoi obblighi contrattuali.

<sup>55</sup> Sul punto, la dottrina si era già espressa dopo l'arresto del Tribunale. Cfr. F. FERRARO, *op. cit.*, p. 9: «[...] 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»; D. DOMENICUCCI, *op. cit.*, p. 188: «[...] intentare un'azione risarcitoria fondata essenzialmente sull'illegittimità del comportamento della Commissione, così come rilevata dal Tribunale nella sentenza *Tercas*, appare, allo stato, prematuro se non addirittura azzardato».

L'elenco dei possibili ricorrenti è lungo, e non si limita ai diretti protagonisti della vicenda<sup>56</sup>. Invero, la decisione della Commissione e la pendenza del relativo procedimento di legittimità dinanzi al giudice dell'Unione hanno in seguito impedito al Fondo di intervenire a salvataggio di altri istituti di credito italiani, che hanno dovuto percorrere la via della liquidazione coatta amministrativa pur nella consapevolezza di un possibile risanamento tramite un piano di sostegno del FITD<sup>57</sup>.

Se il test della legittimazione attiva sembra, per così dire, potere essere superato da molti, la configurabilità delle condizioni oggettive della responsabilità sembra rivelarsi una maggiore incognita. Per giurisprudenza consolidata della Corte, la sussistenza della responsabilità *ex art.* 340 TFUE è subordinata alla compresenza<sup>58</sup> di tre presupposti: un danno effettivo, l'illiceità del comportamento dell'istituzione, ed un nesso di causalità fra il danno e il comportamento dell'istituzione<sup>59</sup>.

Quanto alla prima condizione, l'esistenza del danno non sembra costituire un grosso impedimento. A tal proposito, perché il danno sia effettivo, bisogna provare che esso sia «reale e certo»<sup>60</sup>. I ricorrenti – per citarne alcuni, gli azionisti, gli obbligazionisti e i risparmiatori delle banche liquidate – dovrebbero dimostrare il differenziale che intercorre tra le perdite subite a seguito della risoluzione del proprio istituto di credito e le perdite, parziali o addirittura assenti, che si sarebbero verificate qualora il Fondo avesse avuto la possibilità di intervenire preventivamente. O ancora, con riferimento specifico alla vicenda Tercas, la Banca d'Italia ha già messo in luce come il ritardo nell'integrazione della Cassa di Risparmio nella BPB (luglio

---

<sup>56</sup> Sul punto, v. D. GALLO, *op. cit.*, p. 87: «Ora, quanto a Tercas, riconducendo a sintesi, chi è il legittimato attivo, almeno in principio? [...] a) Banca popolare di Bari; b) Fondo; c) risparmiatori e correntisti della Banca popolare di Bari; d) le 4 *bad banks*; e) i risparmiatori delle 4 *bad banks*; f) tutte le altre banche che avrebbero potuto beneficiare dell'intervento del Fondo; g) tutti i risparmiatori e correntisti di tutte le altre banche che avrebbero potuto beneficiare dell'intervento del Fondo». Lo stesso autore, in seguito, non esclude la possibilità che nel novero dei ricorrenti attivi possano rientrare l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e lo Stato italiano (p. 88).

<sup>57</sup> Il riferimento è a Cassa di Risparmio di Ferrara (CARIFE), Banca Marche, Banca Etruria e Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti (CariChieti), in risoluzione a seguito del d.l. n. 183 del 22 novembre 2015; ma anche a Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza (d.l. n. 99 del 25 giugno 2017). Per un approfondimento su tali vicende, v. F. CAPRIGLIONE, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 2, 2016, p. 1 ss.; D. MESSINEO, *Il provvedimento «salva-banche»: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *QC*, n. 1, 2016, p. 102 ss.; M. 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*, n. 2, 2018, p. 1 ss.; M. 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.*, n. 3, 2017, p. 107 ss.; D. ROSSANO, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 3, 2017, p. 93 ss.; D. SICLARI, *Il caso delle «banche Venete» e i criteri di scelta tra risoluzione e liquidazione coatta amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 3, 2017, p. 124 ss.

<sup>58</sup> Ragion per cui, qualora una delle condizioni non sia soddisfatta, il ricorso deve essere respinto integralmente senza che sia necessario valutare gli altri presupposti: Corte giust., 5 settembre 2019, cause riunite C-447/17 P e C-479/17 P, *Unione europea/Guardian Europe Sàrl*, punto 148.

<sup>59</sup> Le condizioni della responsabilità extracontrattuale dell'Unione e del conseguente obbligo risarcitorio sono state più volte precisate nella giurisprudenza della Corte. Si tratta di condizioni tipiche del regime di responsabilità aquiliana degli ordinamenti giuridici nazionali. Tra le tante, 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, *Artogodan/Commissione*, causa C-221/10 P, punto 80; 10 luglio 2003, causa C-472/00 P, *Commissione/Fresh Marine*, punto 25.

<sup>60</sup> Corte giust., 21 maggio 1976, causa 26/74, *Roquette frères*, punti 22 e 23; 27 gennaio 1982, *De Franceschi SpA Monfalcone/Consiglio e Commissione*, punto 9 ss.; 16 luglio 2009, causa C-481/07 P, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, punto 36; 30 maggio 2017, causa C-45/15 P, *Safa Nicu Sepahan/Consiglio*, punto 61.

2016), dovuto alla decisione della Commissione (dicembre 2015), abbia generato oneri nell'operazione di acquisizione senza dubbio maggiori<sup>61</sup>.

Le prime difficoltà sorgono con la prova del nesso di causalità. Giova ricordare che la condizione relativa al nesso causale richiesta dall'art. 340, secondo comma, TFUE concerne «l'esistenza di un rapporto di causa-effetto sufficientemente diretto tra il comportamento delle istituzioni dell'Unione e il danno», di talché il comportamento illegittimo deve costituire la causa determinante del danno<sup>62</sup>; in altre parole, il danno deve «derivare in maniera sufficientemente diretta dal comportamento illegittimo delle istituzioni»<sup>63</sup>. A titolo esemplificativo, la vicinanza in termini di causa-effetto tra la decisione della Commissione e la svalutazione dei crediti deteriorati è pressoché immediata in relazione a Tercas<sup>64</sup>; più complicato appare dimostrare lo stesso con riferimento alle crisi bancarie successive a quella in questione.

Il vero ostacolo sembra presentarsi con riferimento al presupposto della violazione. Va subito precisato che l'allegazione di una sentenza di annullamento favorevole può certamente condizionare – e positivamente – l'esito della domanda risarcitoria; nondimeno, dal momento che l'azione di risarcimento danni rappresenta «un rimedio autonomo» rispetto all'azione di annullamento<sup>65</sup>, in virtù del suo specifico oggetto, in essa vanno provati presupposti differenti da quelli necessari alla dichiarazione di nullità dell'atto impugnato.

Difatti, il riconoscimento dell'illegittimità del comportamento tenuto dall'istituzione non equivale necessariamente al presupposto della violazione grave e manifesta nell'ambito dell'azione di danni. Lo scarto è rappresentato dal grado di discrezionalità riconosciuto all'istituzione nell'esercizio delle sue funzioni.

Secondo la giurisprudenza della Corte, una violazione sufficientemente caratterizzata<sup>66</sup> di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli si realizza soltanto quando «essa implica un travalicamento manifesto e grave, da parte dell'istituzione interessata, dei limiti

---

<sup>61</sup> L'impatto della decisione della Commissione relativa al caso *Tercas* sulla gestione delle (successive) crisi bancarie è analiticamente descritta dalla BDI: «Rilevanti furono gli impatti sulla raccolta dalla clientela, che persistettero nel 2016 anche per i timori, crescenti tra i risparmiatori delle banche medio-piccole, di applicazione del burden sharing, applicato nel novembre del 2015 per la risoluzione delle “quattro banche” (Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti): nel biennio 2015-2016 la raccolta da clientela di Tercas si ridusse di oltre un quinto; il buffer di liquidità del gruppo bancario barese scese da €2 mld a poco più di €1 mld» (Domande e risposte sulla crisi della Banca Popolare di Bari - *Che impatti ha avuto la decisione della Commissione Europea sul caso Tercas?*, in *bancaditalia.it*, 2019).

<sup>62</sup> Sentenza *Unione europea/Guardian Europe Sàrl*, cit., punto 32; Corte giust., ord. 31 marzo 2011, causa C-433/10 P, *Mauerhofer/Commissione*, punto 127.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> L'incidenza può riguardare anche il ribasso delle quotazioni dei titoli azionari o l'aumento del costo della raccolta del risparmio (incremento del tasso di interesse).

<sup>65</sup> Corte giust., 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Zuckerfabrik*, punto 3.

<sup>66</sup> Nel corso del tempo, la Corte ha fatto indistintamente utilizzo delle espressioni “violazione grave e manifesta”, “violazione manifesta” e “violazione sufficientemente qualificata (o caratterizzata)”. Come sottolineato da autorevole dottrina, da tale cambiamento terminologico «non sembra possibile dedursi, tuttavia, una attenuazione del grado di responsabilità richiesto ai fini del risarcimento del danno» (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, II ed., Napoli, 2020, p. 262).

imposti al suo potere discrezionale»<sup>67</sup>. Tra gli elementi che vanno presi in considerazione per l'accertamento della gravità, la Corte ha indicato la complessità delle situazioni da disciplinare, il grado di chiarezza e di precisione della norma violata e il margine di valutazione discrezionale rimesso all'autore dell'atto controverso<sup>68</sup>.

A tal riguardo, è noto come le conferenti norme del Trattato riservino alla Commissione un ampio potere discrezionale nell'esercizio delle sue funzioni. 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<sup>69</sup>. L'ampiezza del margine di valutazione discrezionale riconosciuto alla Commissione nell'ambito della disciplina della concorrenza tra Stati rappresenta a tutti gli effetti uno scudo professionale. Se non le fosse riconosciuto un siffatto potere, la Commissione non si assumerebbe 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).

L'apparato motivazionale fornito dalla Commissione nell'assunzione della decisione Tercas, seppur evidentemente erroneo, potrebbe certamente dirsi sufficiente a ritenere rispettato l'obbligo di diligenza<sup>70</sup>; sicché, pure essendo la violazione addebitabile alla Commissione, questa non potrebbe considerarsi grave e manifesta<sup>71</sup>.

Da ultimo, pare necessario un appunto sulla questione della prescrizione dell'azione. Come è noto, l'azione di danni è soggetta ad un termine di prescrizione quinquennale. L'art. 46, comma 1, dello Statuto della Corte precisa che il termine decorre «dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine».

---

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, *Holcim (Germania)/Commissione*, punto 50.

<sup>69</sup> In dottrina si veda, per tutti, C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in *RRM*, n. 2, 2019, p. 319 ss., spec. p. 337 ss. In giurisprudenza, v. Corte giust., 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil/Commissione*, punto 18; 11 settembre 2008, cause riunite C-75/05 P e C-80/05 P, *Kronofrance*, punto 59; 5 marzo 2015, causa C-667/13, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português*, punto 67; 8 marzo 2016, causa C-431/14 P, *Grecia/Commissione*, punto 68; 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar AS*, punto 79; 29 luglio 2019, C-654/17 P, *Bayerische Motoren Werke AG*, punto 80.

<sup>70</sup> Cfr. C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 337: «[I limiti alla discrezionalità della Commissione] corrispondono *in primis* ai criteri che la stessa Commissione esplicita nei suoi atti a contenuto non vincolante e che, per tale ragione, è tenuta a rispettare nella sua valutazione di compatibilità. A ciò occorre evidentemente aggiungere – trattandosi di una discrezionalità tecnica – il rispetto di un obbligo generale di diligenza e dei principi di proporzionalità e del legittimo affidamento (con conseguenze in termini di corretta motivazione della decisione)». Tra le pronunce della Corte sul punto, v. 21 novembre 1991, causa C-269/90, *Technische Universität München*, punto 14; 7 maggio 1992, cause riunite C-258/90 e C-259/90, *Pesqueras De Bermeo e Naviera Laida/Commissione*, punto 26; 22 novembre 2007, causa C-525/04 P, *Spagna/Lenzing*, punto 58; 6 novembre 2008, causa C-405/07 P, *Paesi Bassi/Commissione*, punto 56: «[...] quando un'istituzione comunitaria dispone di un ampio potere discrezionale, è di fondamentale importanza la verifica del rispetto delle garanzie conferite dall'ordinamento giuridico comunitario nelle procedure amministrative. La Corte ha avuto modo di precisare che tra tali garanzie rientrano in particolare l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e quello di motivare la decisione in modo sufficiente».

<sup>71</sup> Nel senso che anche un'analisi prognostica della Commissione sia sufficiente ad escludere l'errore manifesto, pure se genera effetti economici negativi su un'impresa (leggasi, danno), v. Tribunale, 12 settembre 2017, causa T-671/14, *Bayerische Motoren Werke AG*, spec. punto 146.

L'incertezza interpretativa a cui ha dato adito la formula ha spinto la Corte a precisare che il termine di prescrizione comincia a decorrere dalla data in cui gli effetti dannosi del comportamento si producono con il verificarsi del danno, cioè dal momento in cui si concretizza effettivamente il pregiudizio, e non già dal giorno in cui è stato materialmente realizzato il comportamento illecito in questione<sup>72</sup>.

Ciò vuol dire che, solo per i diretti protagonisti della vicenda *Tercas*, il termine di prescrizione dell'azione dovrebbe coincidere con la data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della notizia del primo ricorso in annullamento introdotto contro la decisione della Commissione (25 aprile 2016)<sup>73</sup>, se si ritiene che il danno (*rectius*, la svalutazione azionaria) si produca nel momento della conoscenza del fatto da parte del mercato<sup>74</sup>; in relazione agli altri soggetti potenzialmente danneggiati, invece, la prescrizione maturerebbe a cinque anni dal giorno in cui si è verificata la necessità dell'intervento, per l'appunto impedito dall'esistenza della precedente decisione di senso contrario della Commissione. A tal proposito, alcuni ricorrenti sembrano aver accolto il suggerimento di una parte della dottrina, che consigliava, per prudenza, di presentare domanda di risarcimento danni dinanzi al Tribunale dell'Unione ancor prima di un'eventuale decisione favorevole della Corte<sup>75</sup>.

L'auspicio è che una qualche forma di ristoro sia comunque riconosciuta, a prescindere dall'eventuale successo delle azioni intentate. A questo proposito, un precedente favorevole, risalente ai primi anni duemila, è rinvenibile nella transazione raggiunta in via stragiudiziale tra Alitalia e la Commissione. A seguito dell'annullamento, da parte del Tribunale<sup>76</sup>, della decisione della Commissione relativa alla ricapitalizzazione di Alitalia<sup>77</sup>, le parti raggiunsero un *settlement agreement* e le relative domande risarcitorie furono ritirate<sup>78</sup>. All'epoca, tuttavia, il Tribunale segnalò sia un difetto di motivazione, sia manifesti errori di valutazione da parte della Commissione<sup>79</sup>, circostanza non verificatasi nella sentenza *Tercas*.

---

<sup>72</sup> Corte giust., 27 gennaio 1982, causa 256/80, *Birra Wührer*; ma v. già 14 luglio 1967, cause riunite 5/66, 7/66 e da 13/66 a 24/66, *Kampffmeyer*.

<sup>73</sup> GUUE C 145/34. Il primo ricorso è stato proposto dall'Italia in data 4 marzo 2016, a cui hanno fatto seguito gli atti introduttivi di BPB (29 aprile 2016) e del Fondo (1° maggio 2016).

<sup>74</sup> Potrebbe anche sostenersi, con un'interpretazione favorevole ai soggetti danneggiati, che tale momento coincida con la data di pubblicazione della decisione della Commissione in GUUE (L 203/1 del 28 luglio 2016). Tale momento avrebbe potuto essere anticipato qualora l'effettivo recupero dell'aiuto fosse intervenuto in un momento precedente alla proposizione del ricorso, consistendo il danno, in questo caso, nella sopravvenuta assenza di liquidità.

<sup>75</sup> D. GALLO, *op. cit.*, p. 87: «Chiaramente, se fossi l'avvocato del Fondo interbancario o della Banca popolare di Bari, aspetterei la sentenza di appello della Corte di giustizia. Se dovesse rischiare di arrivare troppo tardi, intenterei l'azione risarcitoria dinanzi al Tribunale, il quale dovrà sospendere il procedimento in attesa della sentenza della Corte di giustizia». Il riferimento specifico è al ricorso presentato dinanzi al Tribunale il 25 ottobre 2019 e attualmente pendente (causa T-635/19 - *Fondazione Cassa di Risparmio di Pesaro e a./Commissione*). Nelle conclusioni si legge che le ricorrenti (Fondazione Cassa di Risparmio di Pesaro, Montani Antaldi Srl, Fondazione Cassa di Risparmio di Fano, Fondazione Cassa di Risparmio di Jesi e Fondazione Cassa di Risparmio della Provincia di Macerata) chiedono che il Tribunale «voglia accertare e dichiarare la responsabilità extracontrattuale della Commissione europea per aver impedito, con illegittime istruzioni rese alle Autorità nazionali italiane, la ricapitalizzazione della Banca delle Marche ad opera del Fondo Interbancario italiano per Tutela dei Depositi».

<sup>76</sup> Tribunale 12 dicembre 2000, causa T-296/97, *Alitalia/Commissione*.

<sup>77</sup> Decisione della Commissione, del 15 luglio 1997, relativa alla ricapitalizzazione della società Alitalia, 97/789/CE.

<sup>78</sup> V. l'ordinanza del Tribunale dell'8 aprile 2003, con la quale fu disposta la cancellazione della causa dal ruolo (T-35/02).

<sup>79</sup> V. punto 171 della sentenza.

#### 4. Considerazioni conclusive

Il caso *Tercas* segna senz'altro un momento di rottura nella disciplina degli aiuti di Stato al settore bancario<sup>80</sup>. Prima della vicenda, l'approccio della Commissione non presentava manifesti segni di difformità rispetto alla giurisprudenza della Corte. L'orientamento del giudice dell'Unione è sempre stato nel senso di escludere la configurabilità del divieto di aiuti qualora la misura sia adottata da organizzazioni professionali ovvero di categoria, e sia finanziata da contributi riconducibili agli stessi aderenti<sup>81</sup>. E anche la Commissione pareva dello stesso avviso: basti pensare alla comunicazione sul settore bancario<sup>82</sup> e alla valutazione di alcune misure di intervento, tra cui il salvataggio della banca danese Roskilde<sup>83</sup> e ancor prima di Sicilcassa<sup>84</sup>, giudicati compatibili con l'allora art. 87 TCE.

Il cambio di rotta operato dalla Commissione ha un movente ben preciso. La decisione sul caso *Tercas* è intervenuta proprio nel momento in cui è entrata in vigore la nuova normativa in materia di gestione delle crisi bancarie<sup>85</sup>. La circostanza che la direttiva BRRD abbia relegato il salvataggio statale ad ipotesi del tutto eccezionale rispetto alla sopportazione interna degli oneri della crisi (si pensi, ad esempio, al c.d. *bail in*) sembra aver offuscato l'azione della Commissione e aver convinto la stessa a cambiare approccio<sup>86</sup>. Ciò è confermato da uno dei motivi di ricorso presentati dalla Commissione, secondo il quale l'interpretazione siccome

---

<sup>80</sup> La letteratura sul punto è sconfinata. Senza pretese di esaustività, v. G. TESAURO, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e imprese bancarie*, in *DCI*, n. 2, 1991, p. 405 ss.; A. ANTONUCCI, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *SIE*, n. 3, 2018, p. 587 ss.; D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche: dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010; A. PERA, L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, *Oltre la crisi: regolazione, concorrenza e aiuti di Stato nei settori bancario e finanziario*, in *Concorrenza e Mercato*, vol. 24, numero speciale, 2017; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *DUE*, n. 4, 2014, p. 733 ss.; V. GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, p. 127 ss.; N. SPADARO, *op. cit.*, p. 265 ss.

<sup>81</sup> V. la sentenza *Doux Élevage e Coopérative agricole UKL-ARREE*, cit.

<sup>82</sup> Comunicazione del 31 luglio 2013, cit. (spec. punti 62-64), che invece è stata rigidamente interpretata dalla Commissione, pure in altre occasioni contestuali a *Tercas*. Si pensi, ad esempio, al caso delle banche slovene, giunto anch'esso dinanzi alla Corte di giustizia (19 luglio 2016, causa C-526/14, *Kotnik*).

<sup>83</sup> State aid NN 36/2008 – Denmark - Roskilde Bank A/S, C(2008)4138 final, 31 July 2008.

<sup>84</sup> Decisione della Commissione 2000/600/CE, del 10 novembre 1999, recante approvazione condizionata dell'aiuto accordato dall'Italia alle banche pubbliche Banco di Sicilia e Sicilcassa. In questo senso, sul punto, A. ARGENTATI, *op. cit.*, p. 317: «La decisione [su *Tercas*] segna una forte discontinuità nella valutazione dell'intervento del Fondo interbancario: basti considerare che, nel novembre 1999 la stessa Commissione dichiarò legittimo un intervento analogo del Fondo in occasione della liquidazione coatta amministrativa di Sicilcassa».

<sup>85</sup> L'avvio del procedimento da parte della Commissione sulla valutazione della legittimità dell'intervento del FITD è datato 27 febbraio 2015; la scadenza del termine di recepimento della 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 (c.d. direttiva BRRD) era fissata al 31 dicembre 2014.

<sup>86</sup> Per una critica al "nuovo" approccio della Commissione, v. A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *MCR*, n. 1, 2016, spec. p. 110: «La sensazione infatti è che, in nome di una petizione di principio non del tutto immune da venature ideologiche, l'Antitrust europeo stia procedendo senza avere reale contezza della direzione intrapresa e delle aporie che il nuovo orientamento apre nel sistema». L'evoluzione del *modus operandi* è ben descritta da M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *GCOM*, n. 5, 2017, p. 702 ss., spec. pp. 705-710; 710; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *RIDPC*, n. 6, 2014, p. 1340 ss.; I. MECATTI, *The role of Deposit Guarantee Schemes in preventing and managing banking crises: governance and least cost principle*, in *European Company and Financial Law Review*, n. 6, 2020, spec. p. 6 ss.

fornita dal Tribunale avrebbe favorito l'elusione sulla direttiva BRRD<sup>87</sup>. Perdi più, uno dei quattro strumenti di risoluzione proposti dalla direttiva è proprio l'acquisto della banca da parte di un terzo, a condizioni di mercato e senza il presunto intervento pubblico del Fondo<sup>88</sup>.

Gli esiti della vicenda *Tercas* impongono due considerazioni sugli effetti a lungo termine della pronuncia.

In prima battuta, pare potersi sostenere, con un buon grado di certezza, che la sentenza indurrà la Commissione ad allungare i tempi del procedimento di verifica della compatibilità degli aiuti di Stato, perlomeno in situazioni a limite come il caso di specie. I rilievi del giudice dell'Unione indurranno la Commissione a predisporre, alla base delle proprie decisioni, un impianto probatorio certamente più consistente.

Sotto un altro aspetto, la pronuncia formalizza, o più correttamente conferma, l'esistenza, in caso di crisi bancaria, di una strada alternativa agli strumenti di risoluzione prescritti dalla direttiva BRRD. Tale circostanza ha spinto parte della dottrina a descrivere l'alternativa come un'ipotesi di *bail-with*, inteso come «il salvataggio dell'ente creditizio attraverso l'uso, pienamente legittimo, delle somme che i fondi di tutela dei depositanti, in linea con i propri statuti, [chiedono] di versare agli aderenti»<sup>89</sup>. Non si tratta di un aggiramento dell'art. 107 TFUE da parte dello Stato, ma piuttosto di un intervento alternativo, di natura privata e su base volontaria, volto ad evitare «fenomeni di contagio o rischi reputazionali che potrebbero propagarsi all'intero settore»<sup>90</sup>. L'intervento mutualistico di un SGD come il Fondo non sembra comunque applicabile agli istituti di credito di grandi dimensioni, per i quali la risoluzione risulta ancora la soluzione più idonea; pare invece potere essere uno strumento molto più efficace per le piccole e medie imprese bancarie.

La sentenza suggerisce pure qualche spunto riflessivo di carattere generale. Per altro verso, invero, andrebbe approfondita la rilevanza del Fondo rispetto ad altri profili del diritto della concorrenza. Come fatto presente da parte della dottrina, non stupirebbe se il riconoscimento dell'autonomia del sistema mutualistico del Fondo venisse in rilievo sotto il profilo

---

<sup>87</sup> Un vero e proprio “rimprovero” alla Commissione, di più ampio respiro, è rintracciabile in V. MINERVINI, *La regolazione delle crisi bancarie dopo la sentenza Tercas*, in *MCR*, n. 1, 2020, p. 89: «[...] se è vero che, per evitare potenziali disparità di trattamento (che sarebbero foriere di rilevanti distorsioni del mercato interno), l'amministrazione degli aiuti di Stato è concentrata, a livello europeo, nella Dg Comp della Commissione, è vero altresì che questa (delicata) valutazione richiede – *a fortiori* in fasi delicate come quelle che la nuova emergenza sanitaria porterà inevitabilmente con sé – una “lettura” diversa e più ampia dei problemi e dei diritti in gioco, non ancorata cioè alla sola visione concorrenziale e che riesca invece a fare opportuna sintesi dei diversi diritti contrapposti (ciò che normalmente fanno Parlamenti e Governi, a livello nazionale). E tuttavia, nell'attuale assetto istituzionale dell'Unione, questa capacità di sintesi valoriale non sembra appartenere né alla Dg Comp e nemmeno alla Commissione nel suo complesso; ne viene la necessità di un ripensamento degli assetti e delle dinamiche decisionali rimesse agli organismi europei, almeno per tutti i casi in cui ragioni di urgenza impediscano di affidare le decisioni agli organi politici dell'Unione».

<sup>88</sup> Artt. 38 e 39 della BRRD. Sul punto, v. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato*, cit., p. 687: «La più recente normativa in tema di risoluzioni bancarie [...] viene presa in considerazione con specifico riferimento all'acquisizione di una banca da parte di un terzo acquirente privato; a tale fattispecie legale introdotta dalla Direttiva 2014/59, è fondamentalmente ascrivibile, anche se non legalmente applicabile, l'operazione di acquisizione della Banca Tercas [...] effettuata nel 2014 dalla Banca Popolare di Bari [...]. Nel caso concreto, la Commissione Europea ha ritenuto in contrasto con la disciplina degli aiuti statali l'intervento di finanziamento proposto dal principale *safety net* nazionale al fine di agevolare la Banca Popolare di Bari nell'operazione di acquisizione: conseguentemente, in assenza dell'intervento del “Fondo”, l'operazione in parola è risultata eccessivamente ed ingiustamente dispendiosa per la banca pugliese».

<sup>89</sup> P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato*, cit., pp. 717 e 718.

<sup>90</sup> Meglio prevenire che curare. G. BRANCADORO, *op. cit.*, p. 4.

dell'*antitrust*; il consorzio rappresenta infatti un'associazione di imprese e le sue decisioni potrebbero essere censurate *ex art.* 101 TFUE<sup>91</sup>.

Certo è, infine, che non può che condividersi che «parte della recente storia del sistema bancario italiano sarebbe stata diversa»<sup>92</sup>. A tal proposito, le criticità venute in rilievo nel caso di specie dovrebbero spingere a riflettere sull'opportunità di rivedere numerosi aspetti della disciplina della gestione della crisi bancaria, *in primis* la relazione tra la direttiva BRRD e la direttiva relativa ai sistemi di garanzia dei depositi<sup>93</sup>. In effetti, *Tercas* ha posto in evidenza la necessità di realizzare un'ulteriore armonizzazione delle regole sugli SGD, al fine di renderne omogenei il ruolo e la funzione nei singoli ordinamenti interni. Tale intervento dovrebbe fare il pari con una riforma della disciplina della crisi bancaria, già annunciata per la fine del 2021<sup>94</sup>, che si spera tenga conto delle disarmonie del sistema messe in luce dalla vicenda.

---

<sup>91</sup> In questi termini, F. FERRARO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>92</sup> Così nel *post-scriptum* del lavoro di L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca, impresa, società*, n. 3, 2018, p. 421 ss.

<sup>93</sup> Si fa riferimento agli artt. 32 e 109 della direttiva BRRD e all'art. 11 della direttiva SGD.

<sup>94</sup> La Commissione ha avviato le consultazioni in data 25 febbraio 2021, con scadenza 20 maggio 2021. I risultati sono stati pubblicati il 7 giugno 2021: ben 90 portatori di interessi hanno trasmesso le loro osservazioni.