

L'eterno conflitto tra aiuti (non) di Stato alle banche e la tutela della concorrenza: alcune considerazioni intorno alla sentenza del Tribunale UE del 19 marzo 2019

di Pierluigi Montella

Dottorando di ricerca

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The Decision of the European Commission which had classified the intervention of the "Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi" in favor of Tercas as "State aid" was set aside by the Court of the First Instance of the European Union. This one recognized not only the legitimacy of this intervention, but it also revisited, from a different perspective, the question about the nature of the FiTD, and the different relationships between bank bailouts, on the one hand, and protection of competition, on the other.

Finally, we analyze the different scenarios that could follow the sentence of the EU Court, between compensation actions promoted by those who have been injured by the Commission Decision, and appeals brought by the European Executive.

SINTESI

La Decisione della Commissione europea che aveva qualificato come "aiuto di Stato" l'intervento del Fondo interbancario di Tutela dei Depositi a favore di banca Tercas è stata annullata da parte del Tribunale di Primo grado dell'Unione europea, il quale ha riconosciuto non soltanto la legittimità di tale intervento, ma ha anche rivisitato, da una diversa prospettiva, la questione circa la natura del FiTD, ed i diversi rapporti tra salvataggi bancari, da un lato, e tutela della concorrenza, dall'altro.

Si analizzano, infine, i diversi scenari che potrebbero seguire la sentenza del Tribunale UE, tra azioni risarcitorie promosse da chi è stato leso dalla Decisione della Commissione, e impugnazioni promosse dall'Esecutivo europeo.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La Decisione della Commissione europea del 23 novembre 2015 – 2.1 *Le considerazioni dei Giudici europei* – 2.2 *Il punto fondamentale della sentenza* – 3. Lo schema volontario: una soluzione alternativa – 3.1. *Conclusioni e problemi aperti* – 3.2. *Le "ricadute" della sentenza del Tribunale UE*

1. Introduzione

La nota vicenda che ha interessato la Banca Tercas, la Commissione europea ed il Tribunale di I grado dell'UE,¹ ha creato un precedente che sicuramente

¹ Per alcuni commenti sulla sentenza in epigrafe, cfr. E. GROSSULE, *Crisi bancarie ed intervento*

rivoluzionerà il modo di intendere gli interventi preventivi nell'ambito delle crisi bancarie, al fine di evitare le ben più gravi soluzioni della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione.²

La sentenza della Terza Sezione del Tribunale UE, datata 19 marzo 2019, ha annullato la decisione della Commissione³ relativa all'aiuto di Stato Sa 39451 del 23 dicembre 2015, la quale aveva ritenuto illegittimo l'intervento del Fondo interbancario di Tutela dei Depositi⁴ (FITD) a favore di Banca Tercas (sottoposta ad amministrazione straordinaria dal 2012). I Giudici del Lussemburgo hanno statuito che la Commissione non è riuscita a dimostrare il coinvolgimento delle Autorità italiane nell'operazione di salvataggio di Tercas, atteso che solo un loro intervento avrebbe potuto classificare la decisione del FITD quale aiuto di Stato.

2. La Decisione della Commissione europea del 23 dicembre 2015

Prima di entrare nel merito della decisione da prendere sulla vicenda Tercas, il

del FITD: prime considerazioni sulla sentenza Tercas, in www.dirittobancario.it/news/crisi-bancarie/crisi-bancarie-ed-intervento-del-FITD-prime-considerazioni-sulla-sentenza-tercas; S. MACCARONE, La sentenza del Tribunale europeo sul caso Tercas, in *Bancaria*, 3, 2019.

² Art. 20, co. 1, lett. b), del D.Lgs. n.180 del 16 novembre 2015.

³ Decisione n.1208 del 2016, il cui testo è disponibile sul sito http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/257219/257219_1730542_185_2.pdf.

⁴ Per un antesignano del FITD, cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, V Ed., Il Mulino, Bologna, p. 893. Infatti, prima che negli anni '80 del XX secolo l'Italia si allineasse alla maggior parte degli ordinamenti occidentali promuovendo un Sistema di garanzia dei depositi, le Casse rurali e artigiane avevano provveduto alla costituzione di una sorta di Fondo centrale di garanzia. Tale Fondo era "disponibile" presso l'Istituto centrale delle Casse rurali e artigiane, ed aveva come scopo principale quello di aiutare le Casse in difficoltà ad avere una normale gestione finanziaria e patrimoniale; soprattutto, si prefiggeva l'obiettivo di intervenire nell'interesse dei depositanti e (cosa insolita per uno strumento di salvataggio) "a salvaguardia dell'immagine della categoria". In un contesto in cui incominciava a contare sempre in misura maggiore la fiducia della clientela, il Fondo centrale di garanzia cercava sin da quel momento di evitare delle pericolose ripercussioni anche in termini di buon andamento del mercato.

I contributi che alimentavano il Fondo erano versati da parte delle Banche aderenti, non in misura delle percentuali dei depositi protetti che essi detenevano, come invece accade attualmente, ma in proporzione alla "massa fiduciaria" amministrata dalle stesse; esso poteva intervenire sia nei confronti di banche che stavano attraversando una fase temporanea di difficoltà, sia per le banche in liquidazione. Per ambedue gli interventi, era sempre e comunque necessaria la preventiva autorizzazione della Banca d'Italia.

Il nostro sistema bancario non aveva mai avuto, quindi, prima della nascita del FITD, un meccanismo di intervento facoltativo a favore dei propri depositanti, come invece era accaduto in altre esperienze internazionali.

Tribunale dell'Unione europea indica il contesto nel quale si inseriva la decisione della Commissione, individuando i soggetti ricorrenti (il FiTD, il Governo italiano e la Banca popolare di Bari e la Banca d'Italia⁵), i resistenti (la Commissione europea) ed i principali fatti che hanno portato la Commissione a ritenere che le misure volte al sostegno di Tercas, fossero aiuti di Stato illegittimi, e che come tali andassero recuperati.

Tali somme dovevano essere concesse a favore della Banca Popolare di Bari al fine di sottoscrivere un aumento di capitale a titolo oneroso delle azioni emesse da Banca Tercas, e consistevano in 265 milioni di euro a titolo di contributo a fondo perduto a copertura del deficit patrimoniale di Banca Tercas; 35 milioni di euro a titolo di garanzia (per tre anni) a copertura del rischio di credito associato a determinate esposizioni di Tercas verso terzi (tra l'altro la garanzia è scaduta senza venire escussa, dato che i debitori sono rientrati dalle loro esposizioni alla scadenza del debito); e fino a 30 milioni di euro a titolo di garanzia a copertura dei costi supplementari derivanti da versamenti fiscali per i 265 milioni di contributo.⁶

Al punto 40 della Decisione del 23 novembre 2015, la Commissione spiega come, avendo portato a termine la sua indagine compiuta ai sensi dell'art. 108⁷

⁵ Per un'analisi delle doglianze mosse dai ricorrenti, vds. i ricorsi presentati dalla Repubblica italiana (causa T-98/16), dalla Banca Popolare di Bari S.p.A. (causa T-196/16) e dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (causa T-198/16).

⁶ Tali versamenti fiscali erano ritenuti necessari qualora il contributo da 265 milioni non fosse stato esente da imposta a norma della legislazione italiana.

⁷ Tale articolo recita: "1. La Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato interno.

2. Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea, in deroga agli articoli 258 e 259.

A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la

TFUE, aveva ritenuto che il contributo erogato dal FiTD fosse imputabile allo Stato italiano: ciò in virtù del fatto che il FiTD è l'organismo deputato, ai sensi dell'art. 96-bis del Testo Unico Bancario, ad effettuare una serie di interventi dietro autorizzazione della Banca d'Italia (art. 96-ter del TUB), tra cui, in via principale, il rimborso dei depositanti in caso di liquidazione coatta amministrativa.

L'intervento del Fondo, quindi, doveva considerarsi distorsivo della concorrenza in quanto i contributi erano a fondo perduto (quindi non rimborsabili), né tantomeno erano state applicate garanzie di alcun genere; la risultante di questi interventi era che Tercas aveva continuato a rimanere "in campo", come impresa favorita rispetto alle altre⁸ e ciò sarebbe stato foriero di possibili svantaggi per le altre imprese che accedevano al Mercato unico.

Ciò che maggiormente interessa la Commissione, infatti, è valutare se ed in che modo le Autorità pubbliche di uno Stato membro vengono coinvolte nell'adozione di una misura a sostegno di una o più imprese, al di là dell'origine (pubblica o privata) dei fondi utilizzati. Nel caso di specie, quindi, la Commissione lamenta⁹ che pur non essendovi impegnato un capitale pubblico (poiché il capitale del FiTD è costituito da contributi privati forniti dalle consorziate¹⁰) v'era

richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo.

Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera.

3. Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale.

4. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'articolo 109, che possono essere dispensate dalla procedura di cui al paragrafo 3 del presente articolo".

⁸ Punto 41 della Decisione del 2015.

⁹ Punti 131 e 132 della Decisione del 2015.

¹⁰ Il problema di un'eccessiva "pubblicizzazione" del Fondo era già stato individuato dal Nigro: cfr. in proposito A. NIGRO, *Il fondo interbancario di tutela dei depositi: prime riflessioni*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, I, 1987, pp. 403 e ss.. L'Autore, infatti, adombrò la tesi che diversi indici quali la previsione in capo alla Banca d'Italia del potere di approvazione dello Statuto e del regolamento del Fondo, l'autorizzazione dei vari interventi che lo stesso avrebbe effettuato nei confronti delle banche, la partecipazione di un delegato della Banca centrale alle riunioni del comitato avrebbero potuto non soltanto rafforzare la presenza di un Ente pubblico in quello che

comunque l'intervento pregnante da parte delle Autorità pubbliche, essendo per di più l'autorizzazione degli interventi del Fondo soggetta ad approvazione diretta della Banca d'Italia.

Infatti, in virtù di quanto disciplinava l'art. 29 allora vigente¹¹ dello Statuto del FiTD, il Fondo Interbancario è intervenuto, dietro richiesta di Banca Tercas, chiedendo, all'Autorità di vigilanza italiana, il 1° luglio del 2014 l'autorizzazione al fine di coprire il deficit patrimoniale dell'Istituto, allora oggetto di attenzione da parte della Banca Popolare di Bari, intenzionata a sottoscrivere un aumento di capitale purché "aiutata" dalle coperture offerte dal FiTD. Le vicende successive sono note: dopo il salvataggio operato dal Fondo, nel 2016 Banca Tercas e la sua controllata Banca Caripe sono state fuse per incorporazione in BPB.

L'intervento del FiTD, nonostante fosse volontario, come riconosciuto dalla Commissione, è stato ritenuto in violazione dell'art. 108, par. 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, in quanto aiuto incompatibile ed illegittimo concesso da parte della Repubblica Italiana. Gli elementi che sono stati adottati, da parte della Commissione europea, come parametri secondo cui poter valutare l'imputabilità allo Stato italiano di determinate misure, sono da ricercarsi, in primo luogo, nel fatto che il nostro ordinamento ha, in virtù della preminente tutela che viene assegnata al risparmio¹² (punto 120 della Decisione del 2015) conferito un mandato pubblico al Fondo, sostanziatosi nel fatto che l'intervento del FiTD doveva ritenersi obbligatorio in caso di liquidazione coatta amministrativa. Questa previsione di legge, tuttavia, viene male interpretata da Bruxelles, la quale

era (e rimane) un consorzio di diritto privato, ma avrebbero potuto anche condurre alla nullità o all'inefficacia delle relative clausole statutarie che tali interventi prevedevano; sottintendendosi, così, la natura pubblicistica del Fondo.

L'ingerenza delle Autorità amministrative nelle diverse fasi dell'intervento del Fondo ha condotto alla qualificazione, secondo la Commissione europea, di tale intervento come aiuto di Stato, inibendo la possibilità del suo intervento per alcune delle crisi bancarie che si sono verificate negli ultimi anni.

¹¹ Tale articolo prevedeva che qualora una consorziata fosse in amministrazione straordinaria, laddove vi fossero possibili concrete prospettive di risanamento e ove fosse prevedibile un minor onere rispetto a quelli connessi all'intervento in caso di liquidazione coatta, il Fondo intervenisse a finanziare le passività.

¹² Art. 47 Cost..

afferma che «... il fatto che il FiTD fosse organizzato come un consorzio di natura privatistica era irrilevante... in quanto la mera costituzione in forma di diritto comune non può essere considerata sufficiente per escludere che un provvedimento di aiuto adottato da un ente di questo tipo sia imputabile allo Stato», ritenendo fondamentale la richiesta di autorizzazione fatta pervenire alla Banca d'Italia.

Non solo: la richiesta di "aiuto" al FiTD era stata presentata, in qualità di rappresentante legale *pro tempore* di Banca Tercas, dal Commissario straordinario che era comunque nominato (e controllato) da parte della Banca d'Italia, la quale condizionava così la decisione del Fondo relativamente al cambiare, o meno, la propria decisione di intervenire a salvataggio di Tercas.¹³

Poi, nonostante la Commissione riconosca che sia il Fondo a decidere quando intervenire al di fuori dei casi previsti come obbligatori dalla legge, la decisione assunta dal Fondo stesso, anche in un momento antecedente alla liquidazione (come quando una banca è sottoposta ad amministrazione straordinaria), è considerata alla stregua di un intervento non imputabile alle banche consorziate, ma alle Autorità pubbliche che detto intervento autorizzano. È evidente la contraddizione in termini nel ragionamento proposto.

Al di là delle notazioni d'insieme relative ai sistemi di garanzia di depositanti ed al loro funzionamento (per i quali si rinvia all'ampia manualistica in materia¹⁴), ciò che più preme evidenziare è che i Sistemi di garanzia dei depositanti (SDG), ai sensi della normativa vigente all'epoca del salvataggio di Tercas, erano di due tipologie: obbligatori e facoltativi. I primi, infatti, erano previsti dalla legge ai sensi

¹³ Punti 128 e 129 della Decisione del 2015.

¹⁴ Cfr. S. BONFATTI e D. VATTERMOLI, *I sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di L. PANZANI, Vol. V, Torino, Utet, 2000, pp. 489 e ss.; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, III Ed., Milano, Giuffrè Editore, 2006; F. CAPRIGLIONE e R. CERCONE, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, II Ed., Padova, Cedam, 2001, Tomo II, pp. 747 e ss.; R. MORETTI - R. DE LISA - M. DE CESARE - F. PLUCHINO, *La gestione delle crisi delle banche e i ruoli dei fondi di garanzia: casistica europea e inquadramento degli interventi di sostegno del FiTD*, in *Working Papers del Fondo interbancario di Tutela dei Depositi*, Gennaio 2014; S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei fondi di tutela dei depositanti*, in *Riv. dir. banc.*, 28, 2016.

dell'art. 96-*bis*, mentre i secondi concernevano quegli interventi previsti a discrezione di ciascuno Statuto dei singoli Fondi di tutela dei depositanti, i quali potevano “[...] *prevedere ulteriori casi e forme di intervento*”.

E proprio in riferimento alla natura di tale tipologia di intervento, due sono state le interpretazioni fornite dalla dottrina più attenta in materia. Taluni, infatti, hanno ritenuto che la norma succitata intendesse autorizzare i sistemi di garanzia a prevedere nei relativi Statuti di questi ultimi forme di intervento alternative – e, quindi, diverse – da quelle obbligatorie di cui all'art. 96-*bis*. Se così è, però, lettura maggiormente accreditata e condivisa è quella secondo cui i sistemi di garanzia in questione possono – e, forse, devono per garantire un'ulteriore tutela ai depositanti – prevedere ulteriori forme di intervento che abbiano finalità sostanzialmente integrative a sostegno di quelli *ex lege* ritenuti obbligatori.¹⁵ Del resto, appare di non dubbia evidenza che a nulla sarebbe valso prevedere un sistema di rimborso che seppur obbligatorio appariva suscettibile di deroga per effetto di una qualsiasi clausola statutaria difforme.

Tanto premesso, allora, è da confutarsi anche l'ulteriore argomento utilizzato dalla Commissione in ordine al fatto che il FiTD avesse agito sotto mandato pubblico, in quanto pur imponendo la normativa italiana l'intervento del Fondo di garanzia al momento della liquidazione coatta amministrativa, lo stesso non accadeva, invece, nel caso dell'intervento a favore di Tercas. Né si può obiettare, come giustamente riconosciuto dall'Organismo europeo di giustizia, che a riprova del controllo esercitato lo Statuto di tali Fondi debba necessariamente essere approvato da parte della Banca d'Italia, essendo quello un passaggio fondamentale per l'esercizio stesso dell'attività bancaria e come conseguenza dell'attività di vigilanza prudenziale da parte delle Banche centrali,¹⁶ effettuato

¹⁵ Cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2012, pp. 898 e ss..

¹⁶ Nel nostro ordinamento, tutti i sistemi di garanzia (compreso, quindi, quello previsto per le banche cooperative - Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo) sono soggetti al controllo della Banca d'Italia, che ne approva i relativi statuti (art. 96-*ter* TUB, così come modificato dal D.Lgs. n.30/2016), e verifica che tali sistemi presentino caratteristiche adeguate allo svolgimento delle funzioni loro deputate e per distribuire equamente i rischi derivanti dalle possibili difficoltà in cui versasse un Istituto di credito. L'elaborazione dottrinale formatasi sul

nei confronti di qualunque impresa bancaria, che di per sé ha natura privata. Ancora, la presenza dei funzionari della Banca d'Italia non può essere ascritta ad un controllo effettuato sulla decisione da parte dell'Autorità pubblica, in quanto, come riportato dagli stessi ricorrenti,¹⁷ il delegato della Banca d'Italia avrebbe partecipato alle riunioni del Consiglio di gestione del FiTD solo in qualità di osservatore, senza alcun potere decisionale al riguardo.

Del resto, è sempre interesse delle consorziate, infatti, intervenire con fondi propri per aiutare le banche in difficoltà, onde prevenire dei pericolosi effetti domino che potrebbero coinvolgere tutto il sistema bancario nel suo complesso.¹⁸

testo ante vigente al decreto legislativo del 2016 aveva giustamente individuato come Sistema di garanzia dei depositi e vigilanza siano "due facce della stessa medaglia"; cfr. al riguardo R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 897, il quale però nota, allo stesso tempo, come vi sia un sostanziale squilibrio dei poteri di vigilanza sui depositi, riconosciuti in misura molto maggiore alla Banca d'Italia e in maniera pressoché nulla ai sistemi di garanzia dei depositanti: la prima, infatti, oltre all'approvazione degli Statuti dei Fondi, vigila sul rispetto della normativa di settore, che si concretizza nella ricezione, ogni anno, di una relazione su quanto è stato fatto nel corso dell'anno e quanto si intenda fare il successivo; verifica che i sistemi di garanzia cui aderiscono le banche con sede legale fuori dall'Unione europea, ma aventi succursali in Italia, aderiscano a sistemi di garanzia; informa il Sistema di garanzia sulle eventuali criticità che una banca aderente allo stesso riscontra e, quindi, la possibilità di mettere in campo un intervento; approva eventuali unioni tra diversi sistemi di garanzia appartenenti a diversi Paesi; verifica, insieme alle altre Autorità di vigilanza dei Paesi UE, l'adesione delle succursali di banche comunitarie a sistemi di garanzia italiani. Cfr. P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè Editore, 2016, p. 298. Al contrario, il FiTD ha poteri limitatissimi in questo senso: basti solo pensare all'art. 8 dello Statuto approvato a settembre 2018 e rubricato *monitoraggio delle consorziate*, per il quale: "*Il Consiglio del Fondo delibera, con cadenza almeno annuale, i criteri di selezione delle Consorziate nell'ambito dell'attività di monitoraggio, in coerenza con le risultanze del sistema di analisi del rischio e degli ulteriori elementi di valutazione definiti nell'Appendice Tecnica.*

2. *La Consorziate selezionata dal Fondo è tenuta a fornire senza indugio al Fondo stesso tutte le informazioni richieste, per un efficace svolgimento dei necessari approfondimenti.*

Risulta evidente, allora, come al di là di un mero potere di monitoraggio delle consorziate individuate, nessun'altro potere residua al Sistema di garanzia per verificare la stabilità dell'ordinamento.

¹⁷ Punto 109 della sentenza in commento.

¹⁸ Ciò che più ha stupito i commentatori è che la Commissione europea si era già espressa in un caso analogo a quello di Banca Tercas, ma per il quale aveva preso tutt'altra decisione: ci si riferisce alla decisione 2000/600/CE del 10 novembre 1999 sull'aiuto concesso a Banco di Sicilia e Sicilcassa. In tale contesto, il FiTD era intervenuto al fine di ripianare lo sbilancio di cessione di attività e passività della banca in dissesto a favore di Banco di Sicilia; ebbene, in tal caso la Commissione si accontentò del fatto che il FiTD avesse natura privata e che la maggioranza dei voti espressi in seno all'organo deliberativo del Fondo appartenesse a banche private. Questi stessi argomenti sono poi stati tacciati di irrilevanza per la vicenda Tercas. Cfr. R. SAPIENZA, *La decisione della Commissione del 10 novembre 1999 recante approvazione condizionata*

2.1. Le considerazioni dei Giudici europei

Per confutare gli assunti della Commissione, il Tribunale di I grado dell'UE ha statuito che in una situazione concernente l'imputabilità ad uno Stato membro di una misura di aiuto adottata da un'impresa o da un consorzio di imprese, si ritiene che essa possa essere verificata da un insieme di indizi risultanti dalle fattispecie nelle quali tale decisione è stata presa: in primo luogo la necessarietà delle direttive provenienti dalla pubblica Autorità ai fini dell'erogazione dell'aiuto; per quanto concerne altri eventuali indizi, sempre rilevanti ai fini dell'imputabilità allo Stato delle misure in discussione, devono tutti essere dimostrati dalla Commissione. Se è relativamente semplice, difatti, ricondurre ad uno Stato la responsabilità di un aiuto erogato tramite un'impresa che per statuto è controllata da una Pubblica Amministrazione, ancor più rigorosa dev'essere la prova fornita, anche sottoforma di indizi, di tale legame, per quanto riguarda un'impresa di diritto comune.

Afferma il Tribunale, in sostanza, che in questo caso ancor più rigorosa deve essere la prova, al di là dei semplici indizi che possano far presumere un controllo pubblico sul Fondo. Il Tribunale¹⁹ conclude riportando le affermazioni dei ricorrenti per le quali nessuna Autorità pubblica avrebbe potuto costringere il Fondo ad erogare quell'aiuto, né tantomeno può considerarsi Autorità sottoposta alla Banca d'Italia il rappresentante legale di BPB; era, infatti, Tercas ad essere sottoposta all'amministrazione straordinaria, e quindi soltanto il commissario straordinario di quest'ultima era in effetti il soggetto che, a norma delle disposizioni del Testo Unico,²⁰ avrebbe potuto richiedere l'intervento del FITD. Ed

dell'aiuto accordato dall'Italia alle banche pubbliche siciliane "Banco di Sicilia" e "Sicilcassa", in Rivista giuridica del Mezzogiorno, 4, 2000, pp. 1492 e ss..

¹⁹ Punto 92 della sentenza del 19 marzo 2019.

²⁰ L'Art. 72, co. 4 previgente, infatti, statuiva pregnanti limitazioni (poi precisate con l'entrata in vigore delle modifiche ad opera del D.Lgs. n.180/2015) ai poteri del commissario (o dei commissari) straordinari. La Banca d'Italia, infatti, poteva impartire istruzioni su come effettivamente dovesse essere gestiti l'Istituto di credito commissariato, e statuendo altresì la responsabilità personale, da intendersi anche come patrimoniale (cfr. R. COSTI, *L'ordinamento, cit.*, p. 828), del commissario o dei commissari nominati. Ciò a dimostrazione dello strettissimo legame tra Banca d'Italia e organi sottoposti alla procedura, che non riescono comunque a far pensare, concordemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, ad un'eventuale

in effetti il Tribunale UE sembra concordare con i ricorrenti nel ritenere che l'azione del Fondo sia stata, in quel caso, sostanzialmente conforme a degli interessi privati, nonostante indirettamente si sia garantita una funzione pubblica, e cioè quella della tutela preventiva dei depositanti.

Tale concetto è ribadito e confermato dal Tribunale al punto 102 della sentenza: «Dall'altro lato, si deve osservare che la normativa italiana non obbliga affatto il FiTD, né nessun altro sistema di garanzia dei depositi, a prevedere la possibilità di effettuare interventi di sostegno. Essa non disciplina neppure le modalità di siffatti interventi. La disposizione giuridica invocata dalla Commissione [e cioè l'art. 96-*bis* del TUB in quel momento vigente] non obbliga il FiTD, in assenza di una liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri, ad intervenire in virtù di un mandato pubblico di tutela dei depositanti. Infatti, al di fuori del rimborso dei depositi tale disposizione non prevede alcuna forma d'intervento obbligatorio» (sottolineato nostro).

In conclusione, il Tribunale dell'Unione ha accolto la tesi dei ricorrenti per la quale un conto è il "mandato pubblico", derivante dal ruolo che il FiTD ha all'interno del nostro ordinamento bancario, e cioè quello di intervenire a tutela dei depositanti nel caso vi sia la liquidazione coatta amministrativa di una banca; altro è prevedere un intervento, a piena discrezionalità degli organi gestionali del Fondo, volti a tutelare una banca in situazioni di grave dissesto patrimoniale, proprio al fine di evitarne la liquidazione. Infatti, questa tipologia di intervento rientra nella piena discrezionalità del Fondo interbancario, come tale avulso da qualsiasi controllo pubblico. Difatti, il mandato pubblico conferito ai sistemi di garanzia presenti in Italia concerne soltanto l'attuazione di un sistema di rimborso nel caso di liquidazione coatta della banca, e non anche nel caso in cui

violazione dell'art. 108 TFUE a causa di un'ingerenza di un'Autorità riconducibile allo Stato, quale la Banca centrale italiana, nell'autorizzazione all'intervento del Fondo, poiché, come argomentato dagli stessi ricorrenti e come si vedrà *infra* nel testo: «[...] il FiTD non ha un mandato pubblico per effettuare interventi a favore di banche in difficoltà poiché, dato che l'articolo 96-*bis* del Testo unico bancario prevede solo la possibilità di altri interventi, senza ulteriori precisazioni, il FiTD sarebbe autonomo per quanto riguarda gli interventi diversi dal rimborso dei depositi. [...]».

vi sia un pericolo a monte, quando v'è soltanto un pericolo di dissesto.²¹

Affrontando il problema dell'aiuto di Stato²² da un'altra prospettiva, il Tribunale UE si domanda se possano essere considerate pubbliche, piuttosto, le risorse erogate dal Fondo interbancario. Il Tribunale, richiamando la sua giurisprudenza, conviene sul fatto che tali fondi, pur essendo privati, possono eventualmente rientrare nel *genus* "aiuti pubblici", purché essi possano realmente essere usati, da parte delle Autorità, per aiutare le imprese, falsando così la concorrenza.²³ Secondo tale giurisprudenza, l'art. 107, par. 1, del TFUE comprende (e quindi sanziona) tutti gli strumenti pecuniari che le autorità pubbliche possono realmente usare per sostenere le imprese, a prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o meno allo Stato, ma siano comunque "disponibili" all'utilizzo a seconda della discrezionalità delle autorità pubbliche: in tal caso, ciò sarebbe sufficiente a qualificarle come risorse statali. Per quanto concerne, invece, il mandato pubblico che l'art. 96-bis previgente illustrava, esso concerneva soltanto l'obbligo, per i vari sistemi di garanzia, di rimborsare i depositanti nel caso vi fosse il dissesto di un ente creditizio.

Tale mandato, però, nulla impone circa un intervento a monte, cosa che è invece avvenuta da parte del FiTD a sua piena discrezionalità, senza che vi fosse

²¹ Cosa che non riguardava nello specifico Banca Tercas, ma la natura e l'operatività del Fondo di Tutela.

²² È pur vero, però, analizzando la normativa del TFUE sulla definizione di aiuto di Stato, che gli interventi per salvare un'economia in crisi non sono di per sé astrattamente incompatibili con tali divieti: essi sono rappresentati da tutti quegli interventi che siano volti ad agevolare lo sviluppo di alcune attività o di alcune regioni dell'UE, laddove tali interventi non incidano sugli scambi tra gli Stati membri [(art. 107, co. 2, lettera c)]. Se ne deduce che sufficienti indizi vi fossero (poiché la Banca Tercas rientrava tra gli Istituti *less significant*, per usare una terminologia cara alla BRRD) al fine di dichiarare compatibile con il Mercato interno l'aiuto fornito dal FiTD.

²³ Il Tribunale cita a tale riguardo la sentenza del 9 novembre 2017, Commissione/TV2/Danmark, C-656/15. In realtà, l'esempio utilizzato dal Tribunale dell'UE non convince, poiché riguarda delle imprese pubbliche, di cui una di esse aveva in gestione gli introiti derivanti dalle vendite pubblicitarie, e per le quali il Tribunale aveva riconosciuto effettivamente la qualifica di risorse statali.

Ancora, come segnala S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo, cit.*, p. 21, diverso è il caso di quei Fondi i quali, pur avendo natura privata, sono "movimentati" da Autorità pubbliche, quali l'Autorità di Risoluzione; oppure, se si va a guardare oltreoceano, diversa ancora la situazione concernente la Fdic (Federal Deposit Insurance Corporation), la quale è de iure inserita nel contesto del sistema pubblico della Riserva Federale.

alcun obbligo in tal senso da parte del consorzio, ma soltanto una previsione da parte dello Statuto (una previsione, ancora una volta, di natura privatistica e non pubblicistica). Per tali motivi, il Tribunale dell'UE ha deciso, successivamente, di annullare la decisione UE 2016/1208 relativa al presunto aiuto di Stato erogato dall'Italia.

Già in un tempo a noi non molto risalente,²⁴ autorevolissima dottrina aveva espresso delle perplessità concernenti proprio l'autonomia del Fondo e la sua natura privatistica, espressione di una libera scelta delle banche e non di una imposizione legislativa. E tuttavia, già all'origine dell'istituzione del FiTD, sotto l'egida dell'A.B.I. nel 1987,²⁵ si prevede l'autorizzazione della Banca d'Italia per tutti gli interventi erogati dal Fondo stesso:²⁶ in presenza di così forti ingerenze²⁷ da parte della Banca centrale, la dottrina si è interrogata sulla reale natura privatistica e sull'autonomia del fondo. Anche al momento della sua nascita, infatti, la ragion d'essere del Fondo era da ricercarsi negli interventi a favore delle banche in crisi e dei loro depositanti: ma se ogni intervento doveva essere autorizzato da parte della Banca d'Italia e, oggi come ieri, era previsto la presenza

²⁴ Vds. nt. 16 in questo lavoro.

²⁵ Antesignano eccellente del nostro Fondo interbancario di Tutela dei Depositi sono stati ben tre Fondi di garanzia dell'allora Repubblica Federale Tedesca: il Fondo di garanzia delle banche private, costituito presso l'Associazione bancaria federale (Bundesverband deutscher Banken e.V.), i Fondi del settore delle Casse di risparmio, costituiti presso le associazioni regionali di categoria, ovvero l'Associazione federale (Deutscher Sparkassen - und Giroverband e.V.) e l'Associazione delle banche popolari e rurali (Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V.), di cui ne da un'ottima descrizione A. NUZZO, *Il sistema di garanzia dei depositi bancari nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, I, 1987, pp. 70 e ss.. Scopo principale di tale Fondo di garanzia era l'intervento nell'interesse dei depositanti (§ 10 dello Statuto) in caso di difficoltà economiche, anche solo temporanee, delle banche partecipanti al Fondo medesimo, in particolare (§ 2, co. 1, dello Statuto) nel caso in cui le banche non riuscissero a far fronte alle proprie obbligazioni, tra cui: pagamenti a singoli debitori, prestazioni a favore delle altre banche, assunzione di garanzie e obbligazioni volte ad evitare il fallimento degli Istituti di credito.

Anche il meccanismo di contribuzione del Fondo è molto simile a quello "nostrano": ai tempi, era pari alla percentuale degli impegni in operazioni bancarie nei confronti di tutti i creditori non bancari. Ciò che invece era diverso era, forse, un impegno maggiormente vincolante nei confronti dell'Associazione bancaria federale, nei confronti della quale le banche erano obbligate, ai sensi del § 5 dello Statuto, tant'è vero che la stessa associazione aveva la possibilità di richiedere il rilascio di tutte le informazioni utili, nonché dei libri e delle scritture contabili.

²⁶ Vds. gli artt. 3, 28 e 30 dello Statuto originario.

²⁷ Cfr. A. NIGRO, *Il fondo interbancario*, cit., pp. 402 e ss..

di un delegato di tale Istituto, come poteva – e può – parlarsi di autonomia del Fondo? Bisogna, in tal caso, operare ancora una volta una distinzione usando le stesse argomentazioni adottate dal Tribunale dell'UE: già all'epoca, infatti, la Banca d'Italia aveva la funzione di vigilare sulle banche in amministrazione straordinaria, avendo in materia ampi poteri. Era giustificabile, allora, l'autorizzazione per gli interventi facoltativi a favore delle banche in crisi; a maggior ragione oggi, dove gli istituti di credito sono tutti formalmente e sostanzialmente privati, e quindi la mera autorizzazione non può affatto essere letta come un'ingerenza da parte dell'Autorità pubblica.

Invece, anche nel 1987,²⁸ la considerazione che si aveva dell'intervento obbligatorio del FiTD in caso di liquidazione coatta amministrativa era di diverso tipo: in tal caso, infatti, l'obbligatorietà degli interventi, laddove prevista dalla legge, poteva concretamente far presumere la totale mancanza di autonomia da parte del Fondo.

²⁸ Per la verità, ancor prima che i rimedi di origine teutonica, a favore dei depositanti, fossero mutuati dal legislatore italiano, vi fu chi elevò numerose critiche alle soluzioni approntate per le grandi crisi dell'epoca con il c.d. decreto Sindona (D.M. 27 settembre 1974), il quale inaugurava un modello di gestione che lasciava sostanzialmente immuni i creditori dalle perdite della banca debitrice, con palese violazione del dettato costituzionale. Come riporta M. RISPOLI FARINA, *Gustavo Minervini studioso e legislatore*, in *Innovazione e Diritto*, 2, 2016, pp. 127 e ss., la dottrina più autorevole, rappresentata all'epoca dal Minervini, aveva intuito i rischi che il decreto Sindona avrebbe potuto portare nel mercato creditizio italiano, non soltanto in termini di disparità di trattamento rispetto ai creditori delle procedure concorsuali delle imprese di diritto comune, ma anche per quanto concerneva i costi per l'Erario pubblico.

Nella sua relazione di minoranza nella Commissione parlamentare d'inchiesta sul caso Sindona, Minervini auspicò una diversa e maggiormente efficace soluzione al problema della tutela dei creditori incolpevoli, e cioè dei piccoli risparmiatori i quali, senza un intervento esterno, pubblico o privato che fosse, avrebbero visto i propri risparmi irrimediabilmente perduti. Il giuscommerzialista ipotizzò l'introduzione di un sistema di assicurazione obbligatoria dei depositanti, che già aveva mostrato i suoi aspetti positivi nei Paesi in cui era stato adottato. Il Minervini, tuttavia, non soltanto profetizzò rimedi che sarebbero poi stati adottati dal legislatore negli anni a venire, ma introdusse anche dei correttivi che successivamente non furono purtroppo previsti né dal D.Lgs. n.659/1996, di recepimento della Direttiva 94/19/CE, né dalla successiva normativa; si pensi a proposte quali l'esclusione dei depositanti "consapevoli" (cioè, più esperti) dall'assicurazione obbligatoria; oppure la mancata salvaguardia di quei depositanti che avessero ottenuto un interesse abnorme rispetto al tasso annuale medio di riferimento.

Tutti provvedimenti che, secondo Minervini, allora come oggi sicuramente consentirebbero di tutelare il risparmio ex art. 47 Cost e, contemporaneamente, non deprimere il mercato concorrenziale. Per una corretta ricostruzione del dibattito intorno al decreto Sindona si veda anche G.B. PORTALE, *Dalla «Pietra del vituperio» al «bail-in»*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2017, I, pp. 21 e ss..

2.2. Il punto fondamentale della sentenza

Come è possibile evincersi da quanto sin qui argomentato dal Tribunale UE, il Commissario straordinario di Banca Tercas non ha fatto altro che richiedere una mera autorizzazione alla Banca d'Italia al fine di ottenere l'intervento del FiTD.

Tale autorizzazione costituiva una semplice valutazione in ordine alla compatibilità degli interventi con le finalità che si proponeva il FiTD²⁹ e se l'aiuto potesse effettivamente essere considerato utile al fine di evitare la liquidazione coatta amministrativa della banca.

Il parametro cui fare riferimento per valutare o meno se l'intervento del Sistema di garanzia dei depositanti possa essere normativamente ascrivibile ad un illegittimo aiuto di Stato rimane, ad ogni buon conto, la Comunicazione del 1° agosto 2013,³⁰ con la quale l'organo esecutivo dell'Unione cerca di disciplinare il rapporto tra detti aiuti ed il Sistema di garanzia dei depositanti. In particolare, al punto 63 di tale Comunicazione si statuisce che: «Gli interventi dei fondi di

²⁹ Nell'ambito dell'attività di coordinamento nella gestione delle crisi che il previgente art. 96-ter del TUB assegnava alla Banca d'Italia.

³⁰ 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. La decisione della Commissione europea del 23 dicembre 2015 (in perentoria applicazione della comunicazione succitata) rappresenta un'importante inversione di tendenza volta ad un'applicazione maggiormente rigorosa della normativa concernente gli aiuti di Stato, rispetto al periodo precedente in cui la Commissione aveva autorizzato, in tempi molto rapidi, una molteplicità di misure di sostegno al sistema bancario, ma venendo incontro alle esigenze contingenti degli Stati membri, afflitti dalla crisi finanziaria che aveva avuto origine nel 2008 con il fallimento della banca d'affari Lehman Brothers, la quale si era estesa poi a moltissime altre banche.

In virtù di tale Comunicazione, la Commissione europea ha diversamente interpretato la deroga al divieto degli aiuti di Stato espressa dall'art. 107, par. 3, lett. b) del TFUE, concernente gli aiuti destinati a rimediare ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, ritenendola non più idonea a giustificare una serie di concessioni utilizzate dagli Stati per salvare le banche dei propri Paesi. Cfr. F. FERRARO, *L'evoluzione politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, pp. 334 e ss.; per un quadro completo della crisi finanziaria di quegli anni, cfr. anche *La crisi dei mercati finanziari*, a cura di M. RISPOLI FARINA e G. ROTONDO, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

Il nuovo approccio della Commissione a partire dalla seconda metà del 2013 è stato quello di essere inflessibile nei confronti delle richieste promananti dal settore bancario, riassumendo nella Comunicazione *supra* citata, quelle che erano le preoccupazioni relativamente ad un possibile effetto distorsivo della concorrenza che la "mano pubblica" avrebbe potuto avere intervenendo a favore delle banche in crisi, in netta antitesi sia con le finalità dell'Unione bancaria in generale, sia con le finalità espresse dalla Direttiva 2014/59/UE (c.d. BRRD).

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 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».

Tale statuizione non fa altro che anticipare quanto poi enunciato dalla Commissione nella Decisione del 2015 nei confronti di Tercas: il rimborso dei depositanti sotto i centomila euro non può mai costituire aiuto di Stato; diversamente, l'impiego delle risorse con la finalità di prevenire la sua risoluzione potrebbe essere valutato alla stregua di un aiuto di Stato,³¹ laddove i fondi, nonostante provengano dal settore privato, siano soggetti al controllo dello Stato stesso e la decisione sul loro utilizzo sia ad essi imputabile.

La statuizione della Commissione, tuttavia, è in netto contrasto con quanto previsto dai Considerando 3³² e 16³³ della Direttiva 2014/49/UE concernente i

³¹ Cfr. G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria*, Cacucci Editore, 2018, pp. 357 e ss..

³² *"La presente direttiva costituisce uno strumento essenziale per realizzare il mercato interno, sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli enti creditizi, rafforzando nel contempo la stabilità del sistema bancario e la tutela dei depositanti. Alla luce dei costi economici complessivi del fallimento di un ente creditizio e degli effetti negativi sulla stabilità finanziaria e sulla fiducia dei depositanti, è auspicabile prevedere non solo la funzione di rimborso dei depositanti, ma anche la sufficiente flessibilità affinché gli Stati membri possano consentire agli SGD di attuare misure volte a ridurre la probabilità di future richieste di rimborso nei confronti di detti sistemi. Tali misure dovrebbero sempre rispettare le norme sugli aiuti di Stato"* (sottolineato nostro).

³³ *"Un SGD, ove consentito dal diritto nazionale, dovrebbe poter anche andare oltre la mera funzione di rimborso e utilizzare i mezzi finanziari disponibili per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e altri effetti negativi. Tali misure dovrebbero tuttavia essere realizzate nell'ambito di un quadro chiaramente definito e dovrebbero in ogni caso rispettare le norme sugli aiuti di Stato. Tra l'altro, gli SGD dovrebbero essere dotati di sistemi e procedure appropriati per la scelta e l'esecuzione di tali misure, nonché il monitoraggio dei rischi affiliati. L'esecuzione di dette misure dovrebbe essere soggetta all'imposizione di condizioni all'ente creditizio comprendenti almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e più ampi diritti di controllo per gli SGD. I costi delle misure adottate per evitare il*

sistemi di garanzia dei depositi. La Commissione, infatti, ha interpretato in maniera estensiva (e, a nostro avviso, errata) le fattispecie nelle quali gli interventi alternativi possono costituire aiuto di Stato, e ciò sia per quanto concerne la natura dei sistemi di garanzia, quando essi hanno natura privata (com'è espressamente riconosciuto per il FiTD³⁴); sia per quanto concerne la sua *governance*, data la natura privata dei soggetti che compongono il Consiglio ed il comitato di gestione, e di coloro che ne assumono la presidenza; sia, infine, per ciò che riguarda il meccanismo decisionale ed il carattere discrezionale dei relativi interventi, i quali vengono assunti dagli organismi in precedenza indicati.

Classificando l'aiuto del FiTD a Tercas come aiuto di Stato, la Commissione, più o meno inconsapevolmente, non ha fatto altro che confinare l'aiuto erogabile dal FiTD a tutti (e unicamente) quei casi in cui una banca debba essere sottoposta a liquidazione coatta amministrativa,³⁵ facendo venir meno un

fallimento di un ente creditizio non dovrebbero superare i costi di adempimento dei mandati statutari o contrattuali del rispettivo SGD per quanto riguarda la protezione dei depositi coperti presso l'ente creditizio o l'ente stesso" (sottolineato nostro).

³⁴ In base all'art. 1, co. 1, dello Statuto del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, infatti, esso "[...] è un consorzio di diritto privato tra banche, avente lo scopo di garantire i depositanti delle banche consorziate. Le risorse finanziarie necessarie per il perseguimento delle finalità del Fondo sono fornite dalle consorziate, in conformità alle disposizioni della legge e dello Statuto".

³⁵ È noto, poi, che il combinato disposto dei Decreti legislativi n.180/2015 (di attuazione della BRRD) e n.30/2016 (di attuazione della normativa in merito ai SDG) ha incluso, tra i compiti c.d. obbligatori dei Fondi di garanzia dei depositanti, quello di contribuire al finanziamento delle eventuali risoluzioni poste in essere. L'importo di cui il Fondo di garanzia è responsabile è deciso dall'Autorità di risoluzione.

Articolato risulta il ruolo delle risorse del FITD nelle ipotesi di risoluzione bancaria, a norma dell'art. 86 del D.Lgs. n.180/2015, per la cui trattazione si rimanda allo schema fornito da G. BOCCUZZI, *Il regime speciale*, cit., pp. 343 e 344. La contribuzione alla copertura delle perdite non può essere superiore al 50% del livello obiettivo delle c.d. risorse disponibili. E tuttavia, il SDG non può essere chiamato a coprire perdite superiori a quelle cui sarebbe esposto in caso di liquidazione (principio del *no creditor worse off*); in caso contrario, il Sistema di garanzia dei depositanti avrebbe diritto al rimborso della differenza tra quanto effettivamente ha perduto e quanto, invece, avrebbe perso se fosse stata applicata una normale procedura di liquidazione coatta amministrativa. Il Fondo può allora essere chiamato a contribuire alla risoluzione in due casi specifici: in caso di *bail-in*, laddove il Sistema di garanzia dei depositi è tenuto a versare un ammontare corrispondente alla somma che i creditori avrebbero potuto prelevare dai depositi protetti, se nei loro confronti si fosse applicato il *bail-in* stesso; in caso di cessione di beni e rapporti giuridici ad un terzo, all'ente ponte od ad una società veicolo per la gestione delle attività, dovendo anche in questo caso versare quanto avrebbero perso i singoli depositanti nel caso avessero subito lo stesso trattamento riservato ai creditori della medesima categoria non protetti.

importante strumento di prevenzione della fase più problematica di una crisi bancaria nella quale quel che vuole evitarsi è proprio la distruzione del complesso creditizio.³⁶

Saremmo di fronte, in effetti, ad una sorta di abrogazione implicita di quanto previsto dai Considerando della Direttiva 2014/59/UE sopra richiamati; abrogazione implicita che interverrebbe in netto contrasto con il sistema delle fonti dell'Unione europea, poiché una mera Decisione della Commissione non è atto giuridicamente idoneo ad abrogare quanto disposto in una direttiva.³⁷

Il dato che è necessario sottolineare³⁸ è che la Direttiva non soltanto accoglie il principio del minor onere, che sin dalla sua genesi è presente anche nello Statuto del FiTD; ma contempla, inoltre tre forme di intervento distinte: rimborso dei depositanti, cessioni di attività e passività (come *supra* detto) e misure alternative.³⁹

È chiaro, tuttavia, che nella Direttiva BRRD risulta evidente il *favor* del

³⁶ Cfr. G. BOCCUZZI, *op. cit.*, p. 360.

³⁷ Per la verità, i Trattati non contengono indicazioni specifiche su di una possibile gerarchia tra le varie fonti normative: il criterio che potrà essere utilizzato sarà, allora, quello generale della specialità o della successione delle leggi penali nel tempo, senza avere riguardo all'autorità emanante od alla procedura di adozione. Tuttavia, come attentamente segnala G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 265 e ss., una sorta di prevalenza formale tra gli atti (o comunque l'esigenza di porla in essere) è stata avvertita soprattutto dopo il Trattato di Maastricht con la procedura di codecisione tra Parlamento europeo e Consiglio, essendovi stata data valore preminente. È chiaro, allora, che seguendo questa impostazione, una direttiva, o parte di essa, non potrebbe mai essere suscettibile di modifica o abrogazione da parte di una decisione della Commissione.

Queste ultime, insieme alle Direttive ed i Regolamenti fanno parte del c.d. diritto derivato, il quale rappresenta il modo di un cui la produzione normativa dell'Unione europea riesce ad esplicarsi. L'art. 288 TFUE opera una distinzione tra atti vincolanti e non vincolanti: nei primi, rientrano i regolamenti, le direttive e le decisioni; mentre tra secondi si annoverano i pareri e le raccomandazioni. A norma del comma quarto dell'articolo qui richiamato, le decisioni sono atti vincolanti e che si caratterizzano per essere obbligatori in tutti i loro elementi, come i regolamenti e a differenza delle direttive. A differenza dei regolamenti, però, le decisioni non hanno portata generale e astratta, poiché vincolano soltanto i soggetti cui sono destinati, i quali possono essere Stati membri, persone giuridiche o fisiche.

³⁸ Sul punto cfr. A. ARGENTATI, *Sistema di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2015, II, pp. 330 e ss.; ma cfr. anche D. DIVERIO, *Le misure nazionali di sostegno al mercato bancario: un'applicazione à la carte della disciplina europea degli aiuti di Stato alle imprese?*, in *Dir. comm. int.*, 3, 2017, pp. 606 e ss..

³⁹ Come più volte detto, però, solo il rimborso dei depositanti deve essere obbligatoriamente assicurato.

legislatore comunitario verso misure di prevenzione che vanno al di là del mero rimborso dei depositanti o della cessione: fattispecie dimostrata dall'evidente benevolenza verso interventi di tipo diverso e che sinergicamente possano contribuire sia alla gestione, che alla prevenzione delle crisi bancarie.

È altresì lapalissiano, allora, che se il Tribunale UE, con la sentenza del 19 marzo 2019, non ha potuto assolutamente avallare una decisione che ha giudicato come aiuto di Stato l'intervento del FiTD.⁴⁰

Discorso diverso, invece, laddove si volesse considerare⁴¹ l'intervento dei Fondi di garanzia non rispettoso delle regole concorrenziali che ineriscono il Mercato unico: parte della dottrina, infatti, ha riconosciuto le imprese aderenti ad un Sistema di garanzia come associazione di imprese ex art. 101 TFUE, in virtù della cui norma: *"Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: [...] d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza [...]".* È ovvio che laddove il FiTD dovesse, a sua discrezionalità, decidere di aiutare una banca in crisi, e rifiutare di fornire le proprie prestazioni per qualchedun'altra che ne facesse legittimamente richiesta, dovrebbe giocoforza essere applicata una sanzione da parte della Commissione europea.⁴²

⁴⁰ Giudizio condiviso anche dalla dottrina: cfr. A. ARGENTATI, *op. cit.*, p. 331.

⁴¹ Altre preoccupazioni concernenti il profilo anticoncorrenziale dei possibili aiuti erogati dal Fondo, riguardano il plausibile trasferimento di importi monetari o di risorse economiche tra operatori concorrenti. La chiave di volta per non incorrere in alcuna sanzione dovrebbe individuarsi nelle caratteristiche dell'intesa tra imprese, se ad esempio esse sono molto modeste, o sui possibili benefici ricavabili dal consumatore finale. Nel caso di specie, ad esempio, il vantaggio per il consumatore potrebbe essere indentificato nel non vedersi azzerati i propri risparmi.

⁴² Ciò in virtù dell'art. 105 del TFUE, a norma del quale è la Commissione l'Organo dell'Unione deputato alla "sorveglianza" in materia di intese anticoncorrenziali.

3. Lo schema volontario: una soluzione alternativa

Prima che intervenisse la sentenza del Tribunale UE, il FiTD, onde superare le perplessità della Commissione europea, la quale aveva sostenuto che non vi sarebbe stato bisogno di alcun intervento di recupero per aiuti di Stato illegittimi, se «[...] soggetti privati decidono di sostenere banche in difficoltà in funzione dei loro obiettivi e utilizzando i loro fondi, senza un mandato dello Stato, [...]»,⁴³ ha deciso, negli ultimi mesi del 2015, di varare uno strumento ulteriore per la gestione delle crisi, realizzando uno schema alternativo di intervento non più a carattere obbligatorio, ma a carattere volontario, al fine di evitare le possibili censure elevabili dalla Commissione.

Il Fondo interbancario aveva ben chiaro, infatti, che se una banca in crisi fosse lasciata a sé stessa, vi potrebbero essere una serie di esternalità negative per l'intero sistema bancario di riferimento.⁴⁴

Lo schema volontario è stato costituito in maniera tale da garantire: a) separazione funzionale delle risorse e del meccanismo di finanziamento, poiché le risorse che vanno a costituire il "capitale" a disposizione dello schema devono essere fornite in via autonoma e separata dalle banche che vi hanno aderito, in maniera distinta rispetto a quelle versate a titolo di contributo obbligatorio per la costituzione finanziaria in dotazione al FiTD come previsto dalla legge, poiché quest'ultimo costituisce una sorta di patrimonio destinato che non può essere in alcun modo intaccato dalle esigenze derivanti dall'utilizzo dello schema

⁴³ Cfr. Comunicato stampa della Commissione europea, Bruxelles, 23 dicembre 2015, disponibile sul sito europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6395_it.htm.

⁴⁴ Cfr. G. BOCCUZZI, *op. cit.*, pp. 360 e ss..

Tale soluzione è stata poi successivamente ratificata dal legislatore italiano con la modifica dell'art. 96-*quater*, avutasi in seguito all'entrata in vigore del D.Lgs. n.30 del 2016, secondo il quale i sistemi di garanzia dei depositi possono effettuare, se previsto dallo Statuto e secondo le modalità concordate tra le banche, ulteriori interventi, grazie a risorse corrisposte dalle banche stesse su misura volontaria, quindi senza ricorrere alla contribuzione obbligatoria prevista dalla legge.

Per un'approfondita analisi sul decreto di recepimento della Direttiva sugli SDG, cfr. G. GRECO, Commento al D.Lgs. 15 febbraio 2016, n.30: *Il nuovo sistema di protezione dei depositanti bancari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I, 2018, pp. 6 e ss.; cfr. anche M. RISPOLI FARINA, *Introduzione al Convegno: "La soluzione delle crisi bancarie nelle prospettive europee"*, in *Innovazione e Diritto*, 2, 2018, pp. 151 e ss..

volontario. Ciò implica che lo schema volontario rappresenta una sorta di “consorzio nel consorzio”, costituente un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici costituito sulla base di un accordo avente natura meramente contrattuale. Non essendo tale associazione dotata di riconoscimento, e quindi sprovvista di personalità giuridica, non si capisce bene se ciò consentirà alle banche aderenti di usufruire della separazione tra il proprio patrimonio e quello dello schema volontario; b) assenza di controlli e autorizzazioni da parte dello Stato e di qualsivoglia autorità pubblica;⁴⁵ c) partecipazione volontaria delle banche allo schema ed agli interventi, senza alcun obbligo di legge, che consentono allo schema volontario di avere autonomia finanziaria piena; le informazioni contabili relative alla gestione dello schema trovano spazio in un apposito rendiconto finanziario; d) per quanto concerne i presupposti oggettivi di intervento, dovranno essere state preventivamente applicate alle banche che vorranno beneficiarne, ex art. 47, co. 1, dello Statuto, rubricato *misure di intervento precoce, ai sensi del Titolo IV, capo I, Sezione 01-I del d.lgs. n.385 del 1° settembre 1993 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia - TUB), ivi incluse le misure di cui agli articoli 53-bis e 67-ter, o per superare lo stato di dissesto o di rischio di dissesto ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b) e del combinato disposto degli articoli 20, comma 1, lett. a) e 27, comma 1, lett. a) del d.lgs. n.180 del 16 novembre 2015*; e) per quanto riguarda i presupposti soggettivi, invece, le banche alle quali devono essere applicati tali interventi devono possedere concrete prospettive di risanamento, sulla base di piani di ristrutturazione efficaci e credibili che consentano il minor numero di oneri possibili per la banca. Inoltre, *“in caso di dissesto o di rischio di dissesto accertato dalla Banca d'Italia, gli interventi possono essere effettuati a condizione che, ricorrendone i presupposti previsti dalla normativa, siano state preventivamente adottate misure di riduzione/conversione degli strumenti di capitale in capitale primario di classe 1, ovvero quando gli interventi riguardino*

⁴⁵ Poiché altrimenti si incorrerebbe, ovviamente, nelle stesse censure mosse a suo tempo dai Commissari europei per il salvataggio di Tercas.

operazioni precedentemente effettuate che richiedano, nei confronti della stessa banca destinataria, integrazioni o diverse configurazioni"; f) ai sensi dell'art. 48 dello Statuto, le tipologie di intervento che possono essere poste in essere dallo Schema volontario consistono in: concessioni di finanziamenti, rilascio di garanzie, assunzione di partecipazioni, acquisizione di attività, passività, aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco.⁴⁶

3.1. Conclusioni e problemi aperti

Il salvataggio "vietato" di Tercas e la successiva vicenda che ha coinvolto il Tribunale Ue sollevano alcune riflessioni intorno alla domanda che ha animato a lungo i dibattiti dottrinali: v'è incompatibilità assoluta tra i salvataggi bancari ed un mercato unico concorrenziale?⁴⁷

Lo schema volontario ideato dal FiTD, nonostante abbia ricevuto il benestare e, in un certo qual modo, l'approvazione da parte della Commissione europea, se sicuramente argina il problema dell'incompatibilità di tali misure con la disciplina degli aiuti di Stato, dall'altro lato non consente di trascurare due aspetti importanti collegati all'intervento del fondo per evitare la risoluzione o la liquidazione coatta amministrativa di una banca.

Il primo di tali problemi concerne, come si accennava *supra*, un problema di possibili intese restrittive della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE: il vantaggio, cioè, accordato alla banca in crisi la quale, grazie al beneficio ricevuto, riesce a rimanere nel mercato e ad operare. L'accordo tra le banche che hanno dato il loro consenso all'intervento, infatti, inevitabilmente altera la parità concorrenziale, inibendo quel meccanismo naturale del mercato che ha la tendenza ad espellere quelle imprese non più idonee a parteciparvi. Ovviamente,

⁴⁶ Non sfugge, ad una prima analisi della disposizione, che molte di queste misure sono sia quelle previste dal TUB per la liquidazione dell'attivo, art. 90, co. 2, che le relative disposizioni del Testo unico concernenti i sistemi di garanzia dei depositanti.

⁴⁷ Cfr. A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, I, 2016, p. 112.

tale effetto restrittivo può essere alle volte tollerato laddove esso abbia degli effetti anche indirettamente positivi per il mercato stesso ed i suoi operatori.

Il secondo di tali problemi⁴⁸ concerne, invece, il rapporto tra i salvataggi bancari e le prospettive economiche sia di breve periodo, che di lungo periodo, poiché nella prima finestra temporale il salvataggio può sembrare la scelta migliore per garantire la tutela della stabilità, mentre nel secondo intervallo può comprometterla poiché il salvataggio può alimentare politiche di c.d. *moral hazard* e di incentivo alla condizione di politiche aziendali scorrette.

E' ovvio che l'equilibrio tra tali valori (stabilità vs concorrenza) è questione eminentemente politica e giuridica, trattandosi di decidere fino a quando tutelare la stabilità del mercato a detrimento della concorrenza (ma rischiando eventuali sanzioni promananti dagli organismi europei all'uopo deputati); oppure favorendo il libero gioco degli operatori economico-finanziari, la cui azione potrebbe però favorire scelte di lungo termine errate a detrimento del risparmio, anch'esso oggetto di tutela da parte della Costituzione all'art. 47.

È lecito allora domandarsi: fin dove può arrivare l'intervento facoltativo dei Fondi di tutela dei depositanti? Riteniamo che il punto di frontiera vada sempre ricercato nel dato normativo: e quindi, uno dei possibili vincoli che sia stato costituito all'intervento di tali Fondi è quello sancito dall'art. 11 della Direttiva SDG. Tale articolo, al par. 3, comma c), prevede esplicitamente che gli interventi alternativi dei Fondi di garanzia dei depositanti siano autorizzati, da parte degli Stati membri, laddove essi rappresentino un costo minore rispetto all'intervento di salvaguardia dei depositanti. Tale condizione, infatti, tra le altre, rappresenta la più importante e che consente di giustificare l'intervento alternativo dei Fondi di garanzia dei depositanti: laddove, infatti, i contributi erogati dal Fondo in una situazione di dissesto o, comunque, di pre-crisi, siano utili ad evitare una risoluzione ben più costosa, e che potrebbe di per sé comportare l'intervento a favore dei depositi sotto i centomila euro (nel caso si pervenisse ad una

⁴⁸ Cfr. A. ARGENTATI, *ult. op. cit.*, p. 113.

liquidazione coatta amministrativa), non potrebbe allora dirsi violato in alcun modo il criterio del *burden sharing* propugnato dalla Commissione europea⁴⁹ e, conseguentemente, la disciplina relativa agli aiuti di Stato.

Ecco, quindi, che un intervento precoce ed alternativo alla risoluzione non viola né la Comunicazione del 2013 della Commissione Ue, né tantomeno la Direttiva sui salvataggi bancari; se al Fondo fosse stato consentito di intervenire al momento della risoluzione delle famose “quattro banche”, non sarebbe stato necessario il sacrificio degli azionisti e degli obbligazionisti, con tutte le conseguenze, anche sociali, che esso ha comportato.⁵⁰

3.2. Le “ricadute” della sentenza del Tribunale UE

È notizia recente il fatto che la Banca Popolare di Bari ha intenzione di citare in giudizio la Commissione europea per i danni medio tempore occorsi a causa della qualificazione come aiuto di Stato dell'intervento del Fondo di tutela dei depositanti nel 2014. Il Cda della Popolare, nella seduta del 10 maggio 2019, ha statuito all'unanimità che «[...] A seguito della sentenza dello scorso 19 marzo, con la quale il Tribunale dell'Unione europea ha annullato la decisione della Commissione europea sulla vicenda Tercas-aiuti di Stato, il Consiglio di Amministrazione [...] ha deciso di avanzare richiesta di risarcimento dei rilevanti danni patiti, conferendo specifico mandato a consulenti esterni per supportare la banca anche nella loro adeguata quantificazione».⁵¹

⁴⁹ Oltre che dalla Direttiva BRRD.

Per un'analisi sull'applicazione di tale criterio nel contesto della crisi finanziaria cfr. 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 *Dir. un. eur.*, 2010, p. 349; P. WERNER e 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*, 2, 2009, pp. 177 e ss..

⁵⁰ S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo, cit.*, p. 26.

Come affermato dallo stesso Autore, tra l'altro, le somme utilizzate per gli interventi diversi dal rimborso dei depositi vanno comunque restituite al fine del raggiungimento della dotazione minima entro il 2024, oppure immediatamente se si presenta la necessità di rimborsare altri depositanti e i mezzi finanziari disponibili del Fondo sono inferiori ai due terzi del livello obiettivo, vale a dire lo 0,8% della massa protetta; ovvero i mezzi finanziari disponibili risultano inferiori al 25% del livello-obiettivo.

⁵¹ Comunicato stampa consultabile al seguente link: <https://www.popolarebari.it/content/dam/>

L'intenzione della Banca Popolare di Bari è quella di promuovere un'azione giudiziaria presso la Corte di giustizia UE, ex art. 340⁵² TFUE: tale articolo statuisce la responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) in capo all'Unione europea per l'operato delle Istituzioni comunitarie e dei loro agenti nell'esercizio delle funzioni cui sono preposti, contemplando una deroga espressa soltanto per la Banca centrale europea, responsabile in via diretta delle sue azioni. Ciò vuol dire che qualora una qualsiasi Istituzione dell'Unione europea, ad eccezione della BCE, dovesse essere ritenuta responsabile di un danno cagionato a qualsiasi persona fisica o giuridica, o ad uno degli Stati membri, verrebbe chiamata a risponderne del fatto illecito in via diretta l'Unione europea, qualsiasi sia in concreto il soggetto responsabile dell'azione.⁵³

Secondo la dottrina, la responsabilità si ritiene sussistente laddove la norma violata sia preordinata a conferire diritti soggettivi ai singoli; va poi accertata la presenza di un effettivo danno ed il nesso di causalità tra il comportamento stesso ed il pregiudizio lamentato.⁵⁴ Al fine di accertare la responsabilità extracontrattuale, il Tribunale UE dovrà utilizzare quei principi comuni agli Stati membri in materia di responsabilità civile.

La responsabilità sarà accertata in presenza di una violazione grave del diritto dell'Unione; in molte decisioni, infatti, il Tribunale non ha riconosciuto in capo all'UE alcuna responsabilità, laddove l'Istituzione non avesse esorbitato dai limiti

[bpb/Gruppo/NewsEventi/Notizie/Comunicato%20ora%20stampa%20bilancio%202018.pdf](#).

⁵² "1. La responsabilità contrattuale dell'Unione è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa.

2. In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

3. In deroga al secondo comma, la Banca centrale europea deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

4. La responsabilità personale degli agenti nei confronti dell'Unione è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto o il regime loro applicabile".

Anche in questo caso, come per il ricorso per l'annullamento della Decisione della Commissione, competente a dirimere la controversia sarà il Tribunale dell'Unione europea, quale giudice di primo grado.

⁵³ Cfr. G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 376.

⁵⁴ Cfr. G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *op. cit.*, pp. 380 e ss..

imposti dai Trattati in maniera palese e grave.⁵⁵ L'Unione viene condannata soltanto laddove la trasgressione sia direttamente proporzionata alla discrezione assegnata all'Istituzione; è chiaro, infatti, che in un contesto dove la Commissione è chiamata ad essere una sorta di esecutivo dell'UE, la responsabilità può sussistere solo in via eccezionale, in caso di violazione grave dei limiti posti al suo potere. La valutazione dell'esercizio del potere discrezionale della Commissione va valutato caso per caso, esaminando le modalità con cui la stessa ha ritenuto di esercitare il proprio potere.

Nel caso di cui ci si occupa, non si ritiene probabile che la Corte di giustizia giunga a condannare la Commissione europea per aver imposto a Banca Tercas di restituire i 265 milioni ricevuti per coprire il deficit patrimoniale e consentire così la sottoscrizione dell'aumento di capitale a favore della BPB.

Le ragioni sono da ricercare nel fatto che nessuna condotta colposa è imputabile alla Commissione, per il fatto che Ella ha semplicemente applicato gli orientamenti, in materia di aiuti di Stato, della Comunicazione del 1° agosto 2013, in virtù di un diverso *trend* cristallizzatosi in materia di crisi bancarie. In tal caso, quindi, sarebbe difficile "incolpare" la Commissione di aver dato corso ad una sua politica interna. Altro discorso, che però non può rilevare in sede risarcitoria, è la fondatezza di tale orientamento, che in questa sede si è cercato di smentire.

In secundis, come evidenziato dalla dottrina più autorevole in materia,⁵⁶ il ricorrente deve provare la sussistenza, l'attualità e l'effettività del danno.⁵⁷ Tuttavia, in una banca ormai fusa per incorporazione in un'altra, come Tercas, e soprattutto che si è vista, fra la fine del 2015 e l'inizio del 2016, ridare comunque i contributi da parte dello schema volontario istituito dal FiTD, risulterebbe ben difficile riuscire a soddisfare i requisiti *supra* delineati, considerando che: a) il

⁵⁵ Vds. sentenza *Amylum*, cause riunite 116/77 e 124/77, 5 dicembre 1979.

⁵⁶ Cfr. G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *ult. op. cit.*, p. 384; ma si veda anche R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 319 e ss..

⁵⁷ Il ricorso è però ricevibile anche laddove il danno sia ancora da quantificare, ma vi siano elementi sufficienti, nelle disponibilità della Corte, per effettuare la valutazione.

danno, seppur sussistente, è stato poi “riparato” grazie al ri-trasferimento dei contributi; b) la doglianza non è più attuale, dato che si parla di vicende occorse più di tre anni orsono; c) l’effettività del danno potrebbe essere dimostrata da parte della Banca Popolare di Bari, ma stante la mancanza dei requisiti espressi ai punti a) e b), risulterebbe comunque non sufficiente per ottenere una condanna.

Come se non bastasse, per quanto riguarda la sussistenza di un danno rilevante, la Corte di giustizia, in altri suoi precedenti (vds. Corte giust. 4 ottobre 1979, causa 238/78, *Ireks-Arkady c. Consiglio e Commissione*; ma anche le cause 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, *Dumortier c. Consiglio*) ha introdotto anche il requisito della “specialità”, nel senso che l’entità del danno inflitto, per essere considerato risarcibile, dovrebbe eccedere l’ambito dei normali rischi economici insiti nell’attività di cui i ricorrenti si occupano. È chiaro, infatti, che il non voler procedere alla notificazione della procedura⁵⁸ iniziata dal FiTD nel 2014, da parte del Governo italiano, è stato un errore che poi ha indotto la Commissione a ritenere –ingiustamente, si è detto- che i contributi erogati dal Fondo interbancario potessero costituire un aiuto di Stato. Il Governo del tempo e la Banca Popolare, allora, hanno aumentato per loro colpa il rischio che Bruxelles sanzionasse l’aiuto fornito a Tercas.

Vi potrebbe essere, allora, sì una pretesa risarcitoria da parte del FiTD, ma non rivolta verso la Commissione, piuttosto verso il Governo italiano per non aver ottemperato ad un meccanismo di matrice comunitaria (la notifica dell’intervento) che avrebbe, forse, evitato di indurre in errore la Commissione europea.⁵⁹

⁵⁸ In effetti, come già richiamato in questo lavoro alla nt. 26, il Considerando n.3 della Direttiva BRRD non impone un preciso obbligo di notifica alla Commissione relativamente all’intervento da parte del FiTD, motivo per il quale la dottrina più autorevole, tra cui A. ARGENTATI, I salvataggi di banche italiane, *cit.*, p. 116, ha ritenuto che il citato Considerando altro non è che un semplice richiamo alle regole generali in materia di aiuti di Stato, senza che essa venga declinata in una norma di diritto, come tale vincolante.

⁵⁹ V’è da dire, tuttavia, a discolpa del Governo italiano dell’epoca, che allora come oggi non esiste un obbligo *tout court* operante di notifica: come sottolineato anche dall’Esecutivo italiano nelle sue osservazioni fatte pervenire alla Commissione prima della sua Decisione sul caso Tercas,

Ad ogni buon conto, l'eventuale decisione sulla richiesta di risarcimento del danno sarebbe inutile prima del passaggio in giudicato della sentenza del 19 marzo. Il 29 maggio 2019, del resto, la Commissione europea ha ricorso avverso la statuizione del Tribunale di I grado; tuttavia, l'art. 256, co. 2 e 3, del TFUE, in combinato disposto con l'art. 58 dello Statuto della Corte di giustizia,⁶⁰ statuiscono che l'impugnazione può essere fatta soltanto per motivi di diritto; inoltre, a meno che non intervenga apposita sospensiva, la decisione di primo grado ha comunque efficacia esecutiva.

I motivi di diritto consistono nell'eccezione di incompetenza del Tribunale relativamente all'oggetto del ricorso, nei vizi procedurali che possano aver leso gli interessi di parte ricorrente, oppure nella violazione del diritto dell'Unione da parte del l'organo giurisdizionale. Escludendo, per ovvie ragioni, i primi due motivi di ricorso, ci sembra chiaro che gli unici profili che ben potrebbero essere analizzati dalla Corte vanno a concernere la possibilità che venga messa in non cale la censura relativa alla violazione dei Considerando 3 e 16 della Direttiva BRRD, implicitamente avvalorando il portato normativo, seppur di *soft law*, della Comunicazione della Commissione del 2013 relativa gli aiuti di Stato. È uno scenario che, inevitabilmente, rischierebbe di frustrare la gioia e le aspettative di chi ha ritenuto che con la sentenza del 19 marzo sarebbe radicalmente cambiato l'approccio della Commissione in merito alla gestione delle crisi bancarie. Tuttavia, riteniamo che se la Corte di giustizia resterà fedele alla propria

l'articolo 11 della Direttiva 2014/49/UE non determinerebbe un obbligo generalizzato di notifica preventiva di qualsiasi intervento dei fondi di garanzia. Una notifica preventiva alla Commissione sarebbe necessaria solamente nel caso in cui, a seguito di una verifica concreta, fosse accertato che una misura di sostegno costituisca un aiuto di Stato.

Tra l'altro, anche volendo abbracciare una diversa interpretazione della norma, la Direttiva sugli SDG non era nemmeno ancora entrata in vigore al momento dell'adozione delle misure contestate al FiTD.

⁶⁰ Art. 58 del Terzo Protocollo addizionale al TFUE:

"1. L'impugnazione proposta dinanzi alla Corte di giustizia deve limitarsi ai motivi di diritto. Essa può essere fondata su motivi relativi all'incompetenza del Tribunale, a vizi della procedura dinanzi al Tribunale recanti pregiudizio agli interessi della parte ricorrente, nonché alla violazione del diritto dell'Unione da parte del Tribunale.

2. L'impugnazione non può avere ad oggetto unicamente l'onere e l'importo delle spese".

giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, non vi dovrebbero essere margini per un'eventuale riscrittura della decisione del Tribunale UE.