

Il caso Tercas e la sentenza della Corte di Giustizia europea

The Tercas case and the judgement of the European Court of Justice

Salvatore Maccarone, Presidente del **Fondo Interbancario** di Tutela dei Depositi

Keywords

Banche, Corte di Giustizia europea, Tercas, fondi di tutela dei depositanti

Jel codes

G21, G33, K20

La sentenza della Corte di Giustizia europea conclude la travagliata vicenda del Caso Tercas, rigettando il ricorso della Commissione, confermando la sentenza del Tribunale e rendendo pertanto definitivo l'annullamento del provvedimento con il quale l'intervento del Fondo di Tutela dei Depositanti, a favore di Banca Tercas, era stato dichiarato illegittimo dalla Commissione, in quanto in violazione della disciplina in materia di aiuti di Stato. I principi interpretativi che essa ha affermato restano acquisiti al diritto europeo e sono un bagaglio prezioso nel quadro della gestione delle crisi bancarie e della riforma del diritto europeo in materia e dell'auspicato avvio dell'European Deposit Insurance Scheme.

The judgment of the European Court of Justice concludes the troubled Tercas case by rejecting the Commission's appeal, confirming the judgment of the European Court of First Instance. It thus annuls definitively the measure by which the intervention of the Italian Depositor Protection Fund in favour of Banca Tercas had been declared unlawful by the Commission, since it was in breach of the State aid framework. The principles of interpretation which it has affirmed remain acquired under European law and are a valuable asset for the management of banking crises, the reform of European banking law and the desired launch of the European Deposit Insurance Scheme.

I. La vicenda Tercas e la risoluzione delle «quattro banche»

La sentenza appena emessa dalla Corte di Giustizia europea conclude la travagliata vicenda del Caso Tercas, rigettando il ricorso della Commissione, confermando la sentenza del Tribunale e rendendo pertanto definitivo l'annullamento del provvedimento con il quale l'intervento del Fondo di Tutela dei Depositanti, a favore appunto di Banca Tercas, era stato dichiarato illegittimo dalla Commissione, in quanto in asserita violazione della disciplina del Trattato Ue in materia di aiuti di Stato.

Una decisione in questi termini era peraltro prevedibile, sia per la limitazione della capacità di cognizione della Corte di Giustizia alle questioni di solo diritto, senza possibilità di riqualificazione dei fatti accertati nel giudizio di primo grado, sia ancora per la oggettiva qualità della sentenza del Tribunale,

sia infine alla luce delle conclusioni dell'Avvocato Generale, pubblicate nel mese di ottobre dello scorso anno, anch'esse nel senso del rigetto del ricorso della Commissione.

La vicenda giudiziaria è dunque conclusa, ma gli effetti di quel provvedimento della Commissione sono ancora visibili e concreti; si sono sprecate molte risorse per non aver potuto fare quanto si era programmato e per avere dovuto invece fare cose che si sarebbero volute evitare, in particolare la risoluzione delle «quattro banche» (Etruria, Marche, Ferrara e Chieti).

La vicenda Tercas in sé non è stata grande cosa; le somme restituite dalla banca sono state a essa riattribuite in forme che la Commissione europea ha ritenuto consentite e nessuna perdita vi è stata.

Diverso è invece stato il discorso per le «quattro banche» per le quali il Fondo aveva deliberato interventi di salvataggio, che non si sono potuti realizzare, per effetto, appunto,

del provvedimento Tercas della Commissione, intervenuto nel frattempo, che ha portato poi all'avvio della procedura di risoluzione, nell'imminenza della piena entrata in vigore – bail-in compreso – della direttiva sulla risoluzione degli enti creditizi (Brrd).

Un grave effetto dannoso si è determinato con riferimento a queste banche e al costo che il settore bancario – che finanzia il Fondo di Risoluzione – ha dovuto sostenere e ancora sostiene, per fornire i mezzi necessari per le iniziative assunte nell'ambito delle quattro procedure, con la costituzione delle *good banks*, alle quali attività e (parte delle) passività delle banche risolte sono state cedute e cedute poi esse stesse ad altre banche.

Anche questa vicenda ha, tra l'altro, fatto riflettere sulla posizione, funzione e la stessa utilità, così come esso è configurato nell'assetto della Brrd, del Fondo di Risoluzione, in fase di progressiva europeizzazione e finora mai impiegato nella gestione dei dissesti che pure si sono avuti nell'area dell'Unione. Si è detto – ed è probabilmente vero – che la decisione della Commissione sul caso Tercas ha cambiato i meccanismi di gestione delle crisi bancarie, di cui il **Fitd** ha continuato a essere protagonista, ma attraverso meccanismi nuovi e complessi, allestiti per recuperare la capacità di intervento, sottratta al Fondo dalla presa di posizione della Commissione. Con la decisione del Tribunale europeo del marzo 2019 – e confidando sulla sua solidità e capacità di superare il successivo esame della Corte di Giustizia – il **Fitd** ha recuperato la sua capacità di realizzare interventi preventivi; in particolare, quello a favore di Banca Carige reca nella sua struttura complessiva le tracce di questo passaggio, consistendo in una prima parte realizzata dallo Schema Volontario, prima della sentenza del Tribunale, e in una seconda parte realizzata dal **Fitd**, dopo di essa.

La sentenza del Tribunale europeo con il rigetto da parte della Corte di Giustizia del ricorso della Commissione è ora definitiva, passata in giudicato e i principi interpretativi che essa ha affermato restano acquisiti al diritto europeo: sono un bagaglio prezioso anche nel quadro della riforma del diritto europeo in materia e dell'auspicato avvio dell'Edis (*European Deposit Insurance Scheme*).

Mette allora conto esaminare questi principi, sia pur brevemente, alla luce della verifica che la sentenza della Corte ne ha fatto.

2. La sentenza della Corte di Giustizia europea

I motivi di impugnazione del provvedimento avanti al Tribunale sono stati molteplici e hanno contestato tutti i profili affrontati dalla Commissione nel ricostruire la pretesa illegittimità dell'intervento del Fondo sul piano della disciplina degli aiuti di Stato. La sentenza del Tribunale si è tuttavia «fermata» all'esame del presupposto di base della contestazione, vale a dire la riconducibilità all'area pubblica dell'intervento, in funzione della natura dell'ente e dei meccanismi di utilizzo dei fondi, nell'assunto che la loro provenienza privata (i.e. dalle banche aderenti) non precludesse, di per sé sola, la possibile violazione della disciplina in questione. Il punto in linea di principio è in effetti corretto: la sola provenienza privata delle somme non esclude la loro riconducibilità all'area pubblica; l'esempio più evidente è proprio quello del Fondo di Risoluzione, che è alimentato da risorse private, quelle delle banche, ma è gestito dall'Autorità di Risoluzione, che è sicuramente autorità pubblica. Il suo uso, quindi, ricade direttamente nel campo di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, senza necessità di particolare dimostrazione.

Nel caso Tercas, avendo risolto in senso negativo questo profilo preliminare, il Tribunale non ha affrontato gli altri motivi di impugnazione, primo fra tutti quello relativo alla effettiva capacità dell'intervento – quand'anche esso fosse stato classificabile come aiuto di Stato – di alterare la, o incidere sulla, concorrenza nel mercato europeo.

Come ho sottolineato altrove, Tercas aveva una dimensione minuscola sul mercato nazionale e l'aiuto certamente non avrebbe dato a essa alcun apprezzabile e indebito vantaggio concorrenziale; a livello di mercato europeo, poi, il tema non si sarebbe dovuto neppure porre.

Il Tribunale non ha avuto necessità di spingersi fino all'esame di questo punto, ma la Commissione lo aveva do-

vuto fare e ha arricchito il suo provvedimento con questa (apodittica) conclusione, davvero (anche solo intuitivamente) inaccettabile. Va ricordato, infatti, che la qualificazione di aiuto di Stato «vietato» dal Trattato presuppone la presenza di quattro condizioni:

- che sussista un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali;
- che tale intervento possa incidere sugli scambi tra gli Stati membri;
- che conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario;
- che falsi o minacci di falsare la concorrenza (così il punto 57 della sentenza della Corte).

Sono peraltro convinto che, se anche la prova del primo requisito fosse stata data adeguatamente dalla Commissione, quella degli altri tre, semplicemente affermati come esistenti, ma non dimostrati, non avrebbe mai potuto superare il vaglio dei giudici europei.

Altra considerazione da tenere in conto per una corretta interpretazione della vicenda e degli effetti che la decisione della Corte produce nel diritto europeo e dunque anche nel nostro ordinamento, è che essa è fortemente influenzata dalle caratteristiche dell'operazione e dalla disciplina degli interventi del **Fitd** in quel dato periodo storico.

Un elemento fondamentale nel paradigma elaborato dalla Commissione a sostegno della «pubblicità» dell'intervento del Fondo era il ruolo della Banca d'Italia nel procedimento e in particolare la circostanza che l'intervento, per essere spiegato, doveva essere preventivamente autorizzato dalla Banca d'Italia. L'autorizzazione della Banca d'Italia e la presenza di suoi rappresentanti alle riunioni del Consiglio del Fondo sono venute meno in sede di recepimento della direttiva sui fondi di garanzia dei depositi, e dunque l'argomento non potrebbe più essere speso, togliendo un importante (ma erroneamente interpretato) puntello alla tesi della Commissione.

La sentenza del Tribunale prima e quella della Corte poi hanno chiarito con precisione – sulla scia, peraltro, di una giurisprudenza consolidata della Corte – che un determinato vantaggio economico per essere definito «aiuto» ai sensi del Trattato, deve essere concesso direttamente o indirettamente mediante risorse statali ed essere imputabile allo

Stato, circostanza questa, chiarisce la sentenza, che non può essere dedotta aprioristicamente neppure dal fatto che la misura sia stata adottata da un'impresa pubblica.

Occorrono altri elementi, anche indiziari, risultanti dalle circostanze, che suggeriscano un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di un'assenza di coinvolgimento nell'adozione di una misura. Un esame siffatto deve essere ancor più accurato e solido quando l'ente erogatore dell'aiuto ha natura privata e in tal caso anche gli indizi atti a dimostrare l'imputabilità allo Stato della misura sono necessariamente diversi da quelli richiesti nell'ipotesi in cui l'ente erogatore sia un'impresa pubblica.

Nel caso concreto, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione abbia valutato erroneamente gli elementi che l'hanno indotta a ritenere che l'autorità nazionale avesse il potere di influenzare la natura e il contenuto degli interventi, avendo in particolare la Banca d'Italia soltanto il potere di controllo della conformità di dette misure al quadro normativo, per finalità di vigilanza prudenziale.

Significativa sul punto è la precisazione della Corte in ordine all'obiezione della Commissione, secondo la quale sarebbe allora impossibile per essa provare l'imputabilità allo Stato delle misure adottate dai sistemi di garanzia dei depositi; chiarisce sul punto la Corte che la qualificazione in questi termini sarebbe comunque possibile, ma dipenderebbe dalle caratteristiche dei sistemi di garanzia dei depositi (tra loro in effetti assai diversi) e dalla misura adottata.

Nessun errore o travisamento dei fatti, secondo la Corte, è imputabile al Tribunale nell'esame della disciplina nazionale e dello statuto del **Fitd**, quando la sentenza afferma che gli interventi facoltativi del **Fitd** hanno finalità diversa da quella relativa ai rimborsi dei depositi e non costituiscono pertanto esecuzione di un mandato pubblico.

Si tratta di un punto essenziale, in quanto esso qualifica i limiti dell'intervento della Corte nell'applicazione del diritto nazionale, essendo essa competente soltanto a verificare se vi sia stato uno snaturamento di questo diritto, che in ogni caso deve risultare manifestamente dagli atti di causa, senza necessità di effettuare una nuova valutazione dei fatti e delle prove (giurisprudenza costante).

Nel caso di specie, nessun travisamento del diritto nazionale è stato operato dal Tribunale nella interpretazione dell'art. 96 *ter*, comma 1, lett. d) del Tub, quando ha (correttamente) concluso che la Banca d'Italia si limita a effettuare un controllo di conformità delle misure di intervento al quadro normativo, a fini di vigilanza prudenziale. Ad analoga conclusione deve pervenirsi in ordine alla qualificazione operata dal Tribunale di anticipazioni al mandatario dei contributi versati dalle banche e utilizzati per l'effettuazione degli interventi.

Nitida è infine la conclusione per quanto riguarda gli interventi del Fondo, efficacemente descritti dal Tribunale, le cui conclusioni la Corte fa proprie, sottolineando che, per quanto riguarda gli interventi facoltativi, «è l'obbligo di contribuire all'intervento, e non il metodo di finanziamento dei contributi che trae origine da una disposizione statutaria di natura privatistica, mentre l'obbligo di intervenire (...) trae origine da una disposizione normativa quando il **Fitd** è specificamente incaricato dallo Stato della gestione dei contributi versati dai membri a titolo di garanzia legale dei depositi» (punto 101).

3. Il **Fitd** e il **Fgd** alla luce della sentenza

La sentenza della Corte di Giustizia conclude una vicenda lunga e complicata, che è parte ormai della storia bancaria del nostro Paese; il contesto normativo è cambiato e, come notato in precedenza, taluni pur importanti argomenti sono non più attuali e dunque non utili in una visione prospettica, ma essa segna ugualmente uno spartiacque importante nella qualificazione della natura, del ruolo e dell'attività dei due fondi italiani di garanzia dei depositi (il **Fitd** e il **Fgd** del credito cooperativo).

Oggi sappiamo con certezza che essi sono enti di natura privata, che assolvono una funzione duplice: una, che è connessa a un mandato pubblico e si manifesta nel rimborso dei depositi e nell'intervento nelle procedure di risoluzione, interventi entrambi obbligatori quando se ne determinano le condizioni; l'altra, derivante dal mandato dei consorziati, e dunque di natura privata, formalizzata nello statuto e che è alla base degli interventi facoltativi, preventivi e alternativi.

Gli interventi, sia dell'una che dell'altra specie, sono finanziati con contributi dei consorziati, che hanno, per gli interventi obbligatori, fonte nella legge e per gli interventi facoltativi fonte statutaria, fermo restando l'obbligo dei consorziati di provvedere, nel periodo di costituzione della dotazione minima richiesta (0,8% dei depositi protetti al luglio 2024), alla ricostituzione delle risorse utilizzate per gli interventi facoltativi.

Il quadro si è dunque chiarito e il **Fitd**, come prima ho ricordato, ha così potuto direttamente completare l'intervento a favore di Banca Carige, iniziato prima dell'emanazione della sentenza del Tribunale dallo Schema Volontario, e ha effettuato interamente quello a favore della Banca Popolare di Bari.

Ma la sentenza della Corte ha anche determinato il riaccendersi delle pretese e delle aspettative di molti soggetti che si ritengono danneggiati dalla decisione della Commissione, di cui è ormai acclarata la illegittimità. Da più parti si avanzano pretese risarcitorie.

4. Valutazione di eventuali risarcimenti

L'ipotesi dell'annullamento dell'atto è espressamente prevista dall'art. 266 del Trattato, secondo il quale «l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato (...) sono tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea comporta. Tale obbligo non pregiudica quello eventualmente risultante dall'applicazione dell'art. 340, secondo comma», il quale prevede a sua volta che «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».

Vi è dunque una tutela ampia e specifica, che passa dalla rimozione degli effetti dell'atto annullato, là dove questo sia ancora possibile, al risarcimento del danno, cui le parti danneggiate hanno in ogni caso diritto.

Il danno consegue all'affermazione della responsabilità extracontrattuale dell'istituzione «Unione europea» per i danni

imputabili alle singole istituzioni o ai loro agenti e riposa sulla stessa logica alla base dell'art. 2049 del nostro codice civile in materia di responsabilità del datore lavoro e del committente per fatto dei dipendenti.

Trattandosi di responsabilità extracontrattuale, l'azione si prescrive – ancora una volta come nel nostro diritto – nel termine di cinque anni dal compimento dell'atto che dà origine alla responsabilità (art. 46 dello Statuto della Corte di Giustizia); va peraltro notato il particolare regime dell'interruzione della prescrizione. Precisa, infatti, la norma che: «La prescrizione è interrotta sia dall'istanza presentata alla Corte di giustizia, sia dalla preventiva richiesta che il danneggiato può rivolgere all'istituzione competente dell'Unione. In quest'ultimo caso l'istanza deve essere proposta nel termine di due mesi previsto dall'articolo 263 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

Nel merito occorre poi rammentare che ai fini dell'insorgere della responsabilità della Commissione occorre che il suo comportamento sia consistito in una «violazione qualificata» o «grave e manifesta» del diritto comunitario, non essendo sufficiente la sola illegittimità dell'azione o del provvedimento.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, il criterio per considerare una violazione del diritto comunitario sufficientemente qualificata è quello della violazione grave e manifesta da parte di una istituzione comunitaria dei limiti del suo potere discrezionale. Qualora l'istituzione di cui si tratta disponga di un margine di valutazione considerevolmente ridotto, o addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata.

Rilevano in particolare, nella valutazione della responsabilità dell'Unione, la complessità delle situazioni, la difficoltà di applicazione o interpretazione dei testi, il margine di valutazione discrezionale rimesso all'autore dell'atto; quanto maggiore è la complessità dei fatti da qualificare e del diritto da applicare, più ampia è la discrezionalità e per conseguenza più difficile è l'affermazione della responsabilità.

Una violazione è dunque sufficientemente grave e manifesta quando un'istituzione viola in modo palese i limiti del

suo potere discrezionale e una semplice infrazione è sufficiente quando tale potere è esso stesso ridotto (giurisprudenza costante).

Elemento ulteriore di valutazione della responsabilità è il nesso di causalità tra il comportamento della Commissione e il danno asserito; si tratta di un'indagine di fatto, che va condotta, insegna la giurisprudenza della Corte, in modo attento e rigoroso, potendo affermarsi la responsabilità soltanto nel caso in cui il legame fra atto e danno sia palese e diretto. Vi è infine il tema della prescrizione, al quale prima ho accennato e che si pone con tratti particolari, in funzione della distinzione operata dalla giurisprudenza tra ricorso per risarcimento e ricorso per annullamento, da considerarsi fra loro autonomi.

Gli effetti dannosi di un atto illegittimo, viene precisato, si manifestano nel momento in cui l'atto produce i suoi effetti, essendo del tutto indifferente che il comportamento illegittimo sia stato constatato con una decisione giudiziaria; di conseguenza, il termine di prescrizione comincia a decorrere dal momento del compimento dell'atto pregiudizievole e da quello (successivo) in cui ne è pronunciato l'annullamento, con l'ulteriore conseguenza che la presentazione del solo ricorso per l'annullamento non è atto idoneo a interrompere la prescrizione.

5. Conclusioni

Al di là del rimedio risarcitorio e della sua oggettiva praticabilità, la rilevanza della decisione è tuttavia indiscutibile e reca in sé comunque un credito, tecnico e politico, dell'Italia come Paese, da presentare (e auspicabilmente incassare) nel contesto delle tante posizioni aperte con la Commissione, non solo nel settore creditizio.

Non sarà cosa facile, dato che, pur dopo l'emanazione della sentenza del Tribunale europeo, la Commissione non ha affatto modificato il rigore del suo atteggiamento nei confronti del Fondo e dei suoi interventi, di fatto precludendo a Mediocredito Centrale di concorrere al salvataggio della Banca Popolare di Bari con l'intero stanziamento destinato dal legislatore italiano a questa finalità. ■