

Il caso *Tercas*: una rivoluzione nella disciplina degli aiuti di Stato in materia bancaria o tanto rumore per nulla?

di Benedetta Profumo

Title: The Tercas case: a revolution in State aids rules for the banking sector or much ado about nothing?

Keywords: State aids; Measures attributable to the State; Banking sector.

1. – Il caso in esame trae le sue origini dall'impugnazione di una decisione di condanna emessa dalla Commissione europea, in relazione alla vicenda relativa al salvataggio di una banca italiana, avvenuta nel 2013.

In particolare, in quell'anno, la Banca Popolare di Bari (in prosieguo «BPB») aveva manifestato il suo interesse a sottoscrivere un aumento di capitale di un'altra banca in difficoltà, la Banca Tercas (in prosieguo: «Tercas»), sottoposta dal 2012 al regime dell'amministrazione straordinaria a seguito di alcune irregolarità constatate dalla Banca d'Italia.

Tuttavia BPB aveva condizionato il suo intervento alla copertura integrale del *deficit* patrimoniale di Tercas da parte del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (in prosieguo «FITD»), nonché alla realizzazione di una procedura di *due diligence* sulla Tercas.

A seguito di tale richiesta, il commissario straordinario di Tercas si era rivolto al comitato di gestione e al consiglio di FITD, che avevano dunque deciso di intervenire a sostegno della banca.

Tale intervento – autorizzato dalla Banca d'Italia il 7 luglio 2014 – consisteva in tre misure: un contributo di 265 milioni di euro a copertura del *deficit* patrimoniale di Tercas, una garanzia di 35 milioni a copertura del rischio di credito associato a determinate esposizioni ed una garanzia di 30 milioni a copertura dei costi derivanti dal trattamento fiscale della prima misura.

2. – In riferimento a tale operazione, la Commissione aveva avviato un procedimento per verificare la compatibilità dell'intervento del FITD con la normativa europea in materia di aiuti di Stato.

La questione dubbia era infatti se l'intervento posto in essere dal FITD potesse essere qualificato come un «aiuto concesso da uno Stato, ovvero mediante risorse statali» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, incompatibile con il mercato interno.

Preliminarmente va precisato che il FITD è un consorzio di diritto privato tra banche di tipo mutualistico, che dispone della facoltà d'intervenire in favore dei suoi membri in difficoltà.

I suoi interventi possono essere di tipo obbligatorio, quando sono volti ad offrire la garanzia legale dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri; oppure facoltativi, qualora, al di fuori dell'ipotesi di intervento obbligatorio, il Fondo agisca con il fine di ridurre gli oneri che potrebbero risultare dalla garanzia dei depositi gravante sugli enti aderenti.

In quest'ultima categoria rientrava la possibilità – prevista dall'art. 29 dello Statuto del FITD – di intervenire attraverso finanziamenti, garanzie, assunzioni di partecipazioni o mediante altre forme tecniche per sostenere uno dei propri componenti sottoposto ad amministrazione straordinaria, qualora sussistessero prospettive di risanamento e ove fosse prevedibile un minor onere rispetto a quello che il FITD avrebbe dovuto sopportare in caso di liquidazione coatta amministrativa dello stesso.

3. – In questo contesto il procedimento avviato dalla Commissione era volto a verificare se l'intervento attuato dal FITD – benché realizzato a titolo volontario da un Fondo avente natura privatistica – fosse cionondimeno imputabile allo Stato.

Infatti, secondo la costante giurisprudenza europea, quella di aiuto di Stato è una nozione ampia, che ricomprende non solo le iniziative direttamente poste in essere dallo Stato, ma anche quegli interventi attuati da soggetti formalmente privati, che tuttavia siano caratterizzati da un'influenza pubblica dominante [cfr. sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99, c.d. «sentenza Stardust»].

Nello specifico, in base all'art. 107 TFUE, perché possa configurarsi un aiuto di Stato devono sussistere quattro requisiti: la sussistenza di un intervento dello Stato o comunque attuato mediante risorse statali, tale da incidere sugli scambi tra gli Stati membri e idoneo a concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario, che falsi o minacci di falsare la concorrenza.

In particolare, nel caso in esame, il problema si poneva in relazione alla sussistenza del primo requisito, riguardante appunto l'esistenza di un intervento dello Stato o comunque attuato mediante risorse statali. Ai fini della configurabilità di tale presupposto, nello specifico, la giurisprudenza europea richiede, da un lato, che l'aiuto sia concesso direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, che sia imputabile allo Stato [v. da ultimo sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15].

4. – Con decisione del 23 dicembre 2015, la Commissione era giunta alla conclusione che le misure controverse costituissero un aiuto di Stato incompatibile e dunque illegittimo, concesso dall'autorità pubblica in favore di Tercas.

Nella propria decisione la Commissione riteneva infatti che l'intervento fosse imputabile allo Stato italiano, in ragione di tutta una serie di indicatori.

Tra questi, rientrava il fatto che l'art. 96-bis del TUB potesse essere interpretato come un mandato pubblico di tutela dei depositanti [p.to 121 della decisione della Commissione], seppure affidato ad un ente privato. Ad avvalorare questa interpretazione contribuiva il fatto che, ad avviso dell'esecutivo europeo, il FITD perseguisse chiaramente interessi che, pur avendo natura privatistica, coincidevano con quelli pubblici.

La Commissione considerava inoltre che le autorità pubbliche italiane avessero la possibilità di influenzare l'attività del FITD, attraverso un'attività di sostegno e vigilanza. Ciò proprio in virtù del fatto che la Banca d'Italia ha tra i suoi compiti quello di garantire la stabilità del sistema bancario e di tutela dei depositi. Quest'ultima era peraltro l'unico soggetto ad avere il potere di sollecitare il Ministero dell'Economia a sottoporre una banca ad amministrazione straordinaria e dunque ad avere la possibilità di creare le condizioni idonee perché il Fondo potesse intervenire.

Tale influenza sarebbe emersa, in base alla ricostruzione della Commissione, anche nella fase successiva delle trattative. Spiccava infatti come, in tutte le riunioni decisionali del FITD, fossero presenti dei rappresentanti della Banca d'Italia.

5. – Questa ricostruzione è stata contestata dai ricorrenti, ovvero dalla BPB, dal FITD, dalla Repubblica italiana e dalla Banca d'Italia.

In particolare, i ricorrenti sostenevano come l'intervento a favore di Tercas fosse stato deciso dagli organi direttivi del FITD, in piena autonomia. Tale deliberazione era stata infatti assunta con il consenso unanime dei rappresentanti dei membri del Fondo, dietro mera richiesta del commissario straordinario di Tercas.

In questo senso essi sottolineavano come nessuna autorità pubblica avrebbe avuto (e di fatto abbia avuto) il potere di obbligare il Fondo ad agire, in quanto quest'ultimo agiva in maniera autonoma in relazione ad interventi diversi dal rimborso dei depositi. Tali interventi avevano infatti natura facoltativa e non obbligatoria, a differenza del sistema di garanzia dei depositi.

Ad avviso dei ricorrenti, inoltre, l'influenza dominante dello Stato italiano non sarebbe stata desumibile dalla presenza dei delegati della Banca d'Italia alle riunioni del FITD, tanto più che gli stessi avevano assistito alle medesime in assenza di qualsiasi diritto di voto, neppure consultivo.

6. – Le tesi dei ricorrenti sono state avvalorate dal Tribunale.

Quest'ultimo infatti ha ritenuto che il fatto che la Banca d'Italia avesse autorizzato l'intervento di sostegno a favore di Tercas, non significava che questa lo avesse ordinato. Infatti, la Banca d'Italia si era limitata ad un controllo di conformità della misura con il quadro normativo, il che rientrava pienamente nei poteri di vigilanza prudenziale affidati alla stessa.

In secondo luogo, come sottolineato dai ricorrenti, i delegati della Banca d'Italia, presenti alle riunioni del comitato di gestione e del consiglio del FITD, avevano esercitato solo un ruolo passivo di osservatori.

A questo proposito, come evidenziato dalle parti, la Commissione non aveva pertanto soddisfatto l'onere della prova a proprio carico. Ciò in quanto essa non era stata in grado di fornire elementi sufficienti a dimostrare che i delegati avessero avuto il potere di influenzare le decisioni assunte in seno agli stessi organi. Al contrario dai verbali delle riunioni emergeva invece come soltanto uno tra i delegati della Banca d'Italia, alla fine dell'incontro del maggio 2014, avesse espresso la propria soddisfazione per il modo in cui la crisi di Tercas era stata trattata.

Al contempo il Tribunale ha ritenuto non probante il fatto che la Banca d'Italia si fosse tenuta informata lungo tutto l'andamento dei negoziati. Tale attività rientrava invero pienamente nelle funzioni dell'autorità di vigilanza sopra evidenziate.

Infine, ad avviso dei giudici, non costituiva un indizio concludente nemmeno il fatto che fosse stata la Banca d'Italia a sollecitare l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria. Ciò atteso che, una volta nominato, il commissario agisce, in base all'art. 72, comma 1 TUB, esclusivamente in qualità di amministratore della banca e subentra nei poteri di natura privatistici degli organi amministrativi dell'istituto, nell'interesse dei depositanti. Ciò anche in considerazione del fatto che la richiesta di intervento da parte del commissario straordinario, come precedentemente ricordato, non obbliga il FITD ad agire.

7. – Appurato che l'intervento del FITD non poteva essere considerato un aiuto imputabile allo Stato italiano, il Tribunale è passato a verificare se esso potesse ciononostante essere considerato un aiuto di Stato, in quanto intervento finanziato, direttamente o indirettamente, mediante risorse statali.

Anche sotto questo profilo, i giudici hanno valorizzato il fatto che l'iniziativa dell'intervento del FITD fosse provenuta non da un'autorità pubblica, bensì dal commissario straordinario di Tercas, il quale aveva agito esclusivamente nell'interesse di tale impresa e dei suoi creditori.

Allo stesso modo, anche il potere di influenza della Banca d'Italia sull'operazione era stato limitato. Infatti, l'autorizzazione dell'operazione da parte della Banca d'Italia aveva assolto una funzione di mera ratifica, limitata ad un controllo formale a posteriori di un atto di natura privata. Per contro, la valutazione in merito all'opportunità dell'intervento era stata assunta in via autonoma dagli organi del Fondo, al riparo da qualsiasi forma di coercizione da parte della Banca d'Italia.

Inoltre, i contributi dei membri relativi a tale intervento non erano né imposti, né controllati, né a disposizione dello Stato, diversamente dall'ipotesi di intervento obbligatorio per garanzia dei depositi. Ciò in quanto, come detto, sebbene tutte le maggiori banche aderissero al FITD, l'obbligo dei membri del FITD di contribuire agli interventi decisi da quest'ultimo non traeva la propria origine da alcuna disposizione normativa, ma da una disposizione statutaria di natura privatistica. In questo senso va ricordato che, come evidenziato dall'art. 29, comma 1 dello Statuto del FITD, il Fondo poteva intervenire attraverso misure facoltative di sostegno o preventive, qualora sussistessero prospettive di risanamento e ove fosse prevedibile un minor onere rispetto a quello che il FITD avrebbe dovuto sopportare in caso di liquidazione coatta amministrativa del membro sottoposto ad amministrazione straordinaria.

Da quanto precede emerge pertanto come, seppure talvolta possano coincidere, gli interessi del FITD e quelli statali siano distinti. Infatti il Fondo agisce a tutela dell'interesse privato dei suoi membri, inteso come interesse ad evitare una sfiducia generale nel sistema bancario nazionale e quindi un possibile effetto contagio. Ciò spiega perché, prima di deliberare l'intervento, il FITD si sia rivolto ad una società di revisione e consulenza per accertarsi che il costo di tale aiuto fosse inferiore al costo che avrebbe rappresentato per i suoi membri la liquidazione di Tercas, ossia l'attivazione della garanzia legale dei depositi, quella sì obbligatoria per legge.

1800

8. – Proprio alla luce di quanto sopra esposto, il Tribunale ha concluso che la Commissione non avesse sufficientemente dimostrato, nella decisione impugnata, che l'aiuto potesse configurarsi come pubblico e che le risorse controverse fossero controllate o comunque a disposizione delle autorità pubbliche, né che lo Stato italiano avesse potuto esercitare un'influenza dominante sul FITD.

Pertanto, i giudici hanno accolto i motivi del ricorso e annullato la decisione 2016/1208 della Commissione europea, nonché condannato la stessa al pagamento delle spese legali.

9. – Dall'analisi appena svolta, emerge la portata rivoluzionaria di questa sentenza che, qualora venisse confermata dalla Corte di Giustizia, muterebbe drasticamente i parametri in base ai quali valutare la sussistenza di aiuti di Stato in materia bancaria. Infatti questa pronuncia attribuisce un rilievo differente ad alcuni indicatori rispetto ad altri, in passato fortemente valorizzati.

Tuttavia, come appena accennato, questa sentenza non è passata inosservata, tanto che la Commissione ha predisposto la sua impugnazione, parrebbe proprio con la finalità di ottenere un chiarimento definitivo riguardo a questa materia lungamente controversa. Chiarimento tanto più necessario in considerazione della sempre maggiore rilevanza del fenomeno della crisi delle banche nazionali, rispetto al quale urge un'interpretazione consolidata, costante ed univoca, che non lasci spazio a incertezze e ripensamenti. A maggior ragione tenuto conto del fatto che lo stesso sistema bancario sta dotandosi di meccanismi alternativi al salvataggio statale che, pur perseguendo il medesimo obiettivo di salvaguardare la stabilità del sistema finanziario, sono tuttavia

strutturati proprio in maniera tale da non incorrere nelle sanzioni dell'Antitrust europeo (ad esempio, si pensi al nuovo «Schema volontario» del FITD).

In questo senso, la sentenza che sarà chiamata a pronunciare la Corte di Giustizia, sia che accolga la nozione ampia di aiuti di Stato adottata finora dalla Commissione, sia che al contrario confermi l'indirizzo del Tribunale, lasciando quindi un maggiore ambito di manovra agli enti creditizi, avrà in ogni caso un peso rilevante. Ciò non soltanto con riferimento alle critiche che la sentenza del Tribunale ha suscitato rispetto alle crisi che, negli ultimi anni, hanno coinvolto lo stesso sistema bancario italiano (si veda il caso delle quattro banche Etruria, Marche, Cariferrara e Carichieti), ma anche con riguardo agli sviluppi futuri e alle questioni ancora aperte, tra cui Banca Carige e Banca Monte dei Paschi di Siena.