



PIERRE DE GIOIA CARABELLESE*

BANCA TERCAS 2: LA VENDETTA (FALLITA) DELLA COMMISSIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Un'analisi preliminare. – 2. La decisione di primo grado impugnata. – 3. La *ratio essendi* della decisione di secondo grado. – 4. I precedenti in tema di aiuti di Stato. – 5. Raccordo sistematico.

1. Un'analisi preliminare

Si era già affermato, nel commentare in questa *Rivista* la sentenza di primo grado del Tribunale dell'Unione europea¹, che la controversia, che aveva visto contrapposte la Banca Popolare di Bari (di seguito: BPB) ed il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (di seguito: FITD o "Fondo") alla Commissione europea - in merito al tentato acquisto, cinque anni prima, della Banca Tercas (di seguito: Tercas), banca allora in grave crisi - costituiva una guerra di religione, tanto inutile quanto pernicioso. Inutile, in quanto destinata a manipolare il diritto dell'Unione europea e, in generale, i principi sottesi al divieto degli aiuti di Stato, principi che la Commissione asseriva essere stati violati, sulla scorta di una interpretazione alquanto discutibile, delle modalità di funzionamento del FITD. Pernicioso in quanto - al di là della vittoria giudiziale *ex post*, in cui la Commissione ha dovuto registrare una doppia sconfitta (inclusa quella recente del marzo 2021²) - l'ostinazione della Commissione, ed in particolare il suo rifiuto a concedere l'autorizzazione all'acquisto delle azioni da parte della BPB ha avuto un effetto innegabile, quello cioè di impedire agli operatori di agire secondo regole di un ordinato mercato che, *a fortiori*, dopo la sentenza di secondo grado, risultano essere state violate dagli interventi non legittimi della Commissione.

In questo lavoro viene esaminata la sentenza emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea³, oggetto di numerosi commenti da parte della dottrina italiana, e la si raffronta con

* Full Professor of Business Law and Regulation (ECU - Perth - Australia) – Fellow of Advance HE (York, UK) Solicitor & Notary Public (Edinburgh) e Avvocato (Roma).

¹ Tribunale dell'Unione Europea del 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16.

² Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-425/19.

³ Un primo commento alla sentenza in oggetto è quello di A.A. DOLMETTA, L.S. LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari*, in *Rivista di diritto bancario*, 4 marzo 2021, online. Gli Autori affermano correttamente che la decisione ha implicazioni che vanno oltre il caso Tercas, in quanto al tempo dei fatti (2013/2014) altri istituti di credito italiani, quali le Casse di Risparmio dell'Etruria, di Chieti, di Ferrara e delle Marche, erano in situazioni simili. Il caso Cassa di Risparmio di Ferrara, ove per ironia della sorte il terzo acquirente era lo stesso di cui al caso Tercas, sembra essere il più eclatante. Per

il *decisum* di primo grado. Si intende, poi, sulla scorta della *ratio decidendi*, di estrarre la *regula iuris* che, con riguardo ad operazioni di acquisizione, dovrebbe applicarsi allorché un fondo di garanzia dei depositi decidesse di usare proprie risorse privatistiche, nell'ambito di un'operazione bancaria⁴. Ovviamente, sulla tematica del FITD pende una più ampia questione, che costituisce già oggetto di dibattito dottrinale circa l'opportunità che l'Europa adotti una forma unica di tutela di depositi con contribuzioni obbligatorie, superando l'attuale sistema che, sempre in tema di concorrenza, pone quesiti, irrisolti, di distorsione del mercato. Più in generale ci si chiede quale debba essere, in una situazione di crisi della banca, il rapporto tra fondi di tutela dei depositi e meccanismi di risoluzione bancaria⁵, considerato che i fatti di cui alla sentenza risalgono al 2013, in uno scenario normativo in cui gli strumenti di risoluzione - i *resolution tool* - non erano ancora entrati in vigore⁶.

La più recente normativa in tema di risoluzioni bancarie - di cui in particolare alla direttiva 2014/59⁷ (di seguito: "BRRD"), e al regolamento 2014/806⁸ (di seguito: "SRM Regulation") - non costituisce, tecnicamente, da un punto di vista giudiziale, lo scenario

commenti sul caso della Cassa di Risparmio di Ferrara, si rimanda per tutti a S. BONFATTI, *Risoluzione della banca "in crisi": la responsabilità degli "Enti Ponte" (e delle banche incorporanti) è regolata dalla disciplina della cessione di azienda*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, pp. 29-48. Sul medesimo caso Cassa di Risparmio di Ferrara e profili costituzionali di cui all'art. 47, co. 1, Costituzione, cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana: un recente provvedimento del Consiglio di Stato*, in *Banca Impresa Società*, 2020, pp. 377-425.

⁴ La disciplina degli aiuti di Stato viene considerata alla luce della migliore dottrina gius-europeistica. In *primis*, E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 1989. Nella manualistica, si fa riferimento a G. STROZZI, G. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, 2020, Torino; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 3° ed, Torino, 2020; AA.VV., *Elementi di diritto dell'unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale*, a cura di U. DRAETTA E N. PARISI, 4° ed., Milano, 2018; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze*, 6° ed., Milano, 2018. Quanto alla produzione monografica in tema di aiuti di Stato, si fa riferimento a M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2018, pp. 155-194. Nello specifico settore dei trasporti, cfr. D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche: dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010.

⁵ Sulla tematica degli strumenti di risoluzione, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, 2020.

⁶ Il *dictum* risale ad un quadro normativo-temporale del 2013, in cui la famigerata *Bank Recovery and Resolution Directive*, la Direttiva 2014/59, non era ancora entrata in vigore, anche se l'intervento del terzo acquirente, nel caso Tercas, come lumeggiato in seguito, sembra richiamare, nelle sue caratteristiche, uno dei quattro strumenti di risoluzione, e cioè l'acquisto da parte del terzo compratore, poi codificato nella BRRD. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge Bank e Decisum della UK Supreme Court su Banco Espírito Santo: dal Bonus Argentarius and Coactus Argentarius*, in *Banca Impresa Società*, 2019(2), pp. 377-425.

⁷ In inglese, "Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council" [2014] L 173/190. La BRRD è stata modificata dalla "Directive (EU) 2019/879 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 amending Directive 2014/59/EU as regards the loss-absorbing and recapitalisation capacity of credit institutions and investment firms and Directive 98/26/EC" [2019] L 150/296. Cfr. per iniziali commenti su tale articolato di modifica della BRRD, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE; *La BRRD (o Direttiva bail-in) "atto secondo"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 2020, pp. 89-112, nonché, in inglese, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in: Directive 2019/879 (TLAC/MREL) and amendments to the BRRD*, in *International company and commercial law review*, 2019, pp. 669-694; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in e tutele amministrative*, in *Le Società*, 2020, pp. 449-463; P. DE GIOIA CARABELLESE, *BRRD o Direttiva bail-in "Atto Secondo"*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2020(1), pp. 89-112; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvenza e strumenti di risoluzione: convergenze e parallelismi*, in *Diritto Fallimentare*, 2020, pp. 338-361; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in: Directive 2019/879 (TLAC/MREL) and amendments to the BRRD*, in *International company and commercial law review*, 2019, pp. 669-694; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge Bank e Decisum della UK Supreme Court su Banco Espírito Santo: dal Bonus Argentarius and Coactus Argentarius*, in *Banca Impresa Società*, 2019(2), pp. 377-425.

⁸ In inglese, "Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010" [2014] L 225/1.

normativo cui si applica la controversia⁹. Di fatto, la BRRD viene presa in considerazione dai giudici e dai commentatori quale normativa di riferimento inevitabile nel caso di acquisizione di una banca da parte di un terzo acquirente privato¹⁰. A questa fattispecie, introdotta dalla direttiva 2014/59, è ascrivibile l'operazione di acquisizione della Tercas effettuata nel 2014 dalla Banca Popolare di Bari.

2. La decisione di primo grado impugnata

In breve, la Commissione ha per lungo tempo qualificato aiuto di Stato l'intervento del FITD su Tercas, banca in difficoltà e ormai estinta.

La lettura della decisione di primo grado del 2019 è esplicitiva di tale qualificazione e merita di essere richiamata¹¹. L'assunto è semplice e finanche semplicistico: la Banca d'Italia, intervenendo nell'operazione attraverso cui il capitale della Tercas viene trasferito ad un soggetto acquirente - trasferimento reso agevole dall'uso di risorse del "Fondo" - ha in realtà la gestione di tali risorse. La Commissione deduceva in particolare che le dette risorse, seppure private, in quanto prudenzialmente accantonate tempo per tempo dal sistema bancario italiano, erano gestite dalla Banca d'Italia - autorità di vigilanza bancaria - in modo tale che le stesse costituivano aiuti di Stato, di per sé non consentiti. Una tale interpretazione, tutt'altro che condivisibile, in quanto doppiamente smentita dalla natura operativa del FITD ed anche dal *modus operandi* della Banca d'Italia, non consentiva ad una banca italiana, la BPB,

⁹ Sulla tematica della BRRD, anche in connessione con le norme interne, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020/5, pp. 93-115; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in e Convenzione Europea, Mercato Concorrenza e Regole*, 2020(1), pp. 335-372; P. DE GIOIA CARABELLESE, C. PAGLIARIN, *Bail-in and Italian Constitutional Values*, in *Luis Law Review*, 2020(1), pp. 1-40.

¹⁰ Lo stesso considerando 16 della Direttiva 2014/49/UE prescrive che l'uso dei fondi rivenienti dal sistema di garanzia dei depositi, finalizzato ad impedire il dissesto dell'ente creditizio, debba avvenire nel rispetto della normativa degli aiuti di Stato, "ferma restando l'esigenza di evitare i costi di un rimborso dei depositanti e gli eventuali ulteriori effetti negativi che tale evento potrebbe produrre sul piano sistemico." (cfr. D. ROSSANO, *Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, p. 24). Sulla disciplina delle crisi bancarie in Italia, si rimanda a F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Milano, 2016, p. 86 ss.

¹¹ La sentenza di primo grado, divenuta notoriamente "sentenza Tercas", è commentata da diversi Autori italiani. Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Gestione delle crisi bancarie e aiuti di Stato. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banca, Impresa, Società*, 2020, pp. 191-215; D. ROSSANO, *Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, pp. 23-35; G. BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *Federalismi*, Editoriale, n. 8/2019, pp. 1-3, particolarmente p. 1; S. AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di "mandato pubblico" (a proposito del "caso FITD/Tercas" - Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 2/2019, pp. 364-374. Infine, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. Il decisum Tercas: Brussels versus Italy? in Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 686-718. Sul tema degli aiuti di Stato nel settore bancario, cfr. C. BRESCIA MORRA, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato: un chiarimento importante della Corte di Giustizia*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, pp. 275-283. In inglese, non risultano numerosi commenti, salvo per S. MACCARONE, *The decision of the European Court of Justice in the Tercas case*, in *Bancaria*, 2019, pp. 20-29. Cfr. Tuttavia anche A. VIGNINI, *State aid and deposit guarantee schemes. The CJEU decision on Tercas and the role of DGCs in banking crises*, in *Quaderni di ricerca giuridica delle consulenze legali*, Banca d'Italia, *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, maggio 2019, p. 12.

di acquisire la partecipazione di maggioranza di una banca in crisi, la Tercas, con un diniego che lasciava sorpresi non pochi, soprattutto in Italia.

Il Tribunale dell'UE, su ricorso del "Fondo" e della mancata acquirente BPB, con sentenza emessa in data 19 marzo 2019¹², aveva rimarcato che in realtà era errata la qualificazione giuridica quale aiuto di Stato effettuata dalla Commissione, in merito all'operazione con cui il "Fondo" aveva finanziato l'acquisizione di una quota di capitale della banca "target". Già in sede di commento di quella sentenza si era evidenziato che l'errore fondamentale commesso dalla Commissione era stato quello di ignorare la natura peculiare e tipica del "Fondo". In questo, e non in altri esistenti nell'ambito UE, le consociate, sulla scorta di un principio solidaristico molto accentuato, versano somme ulteriori rispetto a quelle minime richieste per la contribuzione obbligatoria.

Il surplus di contribuzione consente al sistema, che è privato, di premunirsi in modo non pubblicistico contro il rischio di crisi in cui uno degli aderenti al "Fondo" può incorrere. In tal caso, le somme che vi sono accumulate¹³, vengono gestite, sempre in modo privatistico, nell'ambito di operazioni di salvataggio finalizzate alla continuità aziendale, fra cui tipicamente la cessione del capitale ad un'altra consociata, allettata all'acquisto dal fatto che una parte del prezzo viene corrisposta dal "Fondo", con sue proprie risorse, di cui è in parte "titolare" lo stesso soggetto acquirente, in quanto consociato. Peraltro, in tale contesto lineare ed ineccepibile, La Commissione aveva rigettato nel 2015 l'autorizzazione all'intervento del FITD, facendo così venir meno l'intera operazione. Ne conseguivano: l'azione della banca acquirente e del FITD avverso la detta decisione; il *dictum*, di cui alla sentenza del 19 marzo 2019, che dava ragione ai ricorrenti, mettendo a nudo tutta l'architettura argomentativa della Commissione.

L'equivoco in cui la stessa Commissione era incorsa era duplice. In primo luogo, non aveva colto la specificità del FITD, in cui in aggiunta alle contribuzioni obbligatorie - finalizzate soltanto al rimborso dei depositanti - sono previste anche contribuzioni ulteriori, di tipo volontaristico (rispetto alla legge), eppure obbligatorie (rispetto al "Fondo"), finalizzate a dotarlo di risorse finanziarie più ampie. Queste somme, di natura privatistica e non pubblica - in quanto derivanti da soggetti privati, quali sono le istituzioni finanziarie nel moderno scenario europeo - consentono al FITD, a differenza degli altri fondi europei, di operare come "braccio finanziario" del sistema bancario, quale sorta di soggetto delegato da banche aderenti a concepire forme di intervento creativo, alternative alla mera liquidazione coatta. In secondo luogo, la Commissione, pur avendo preso atto della natura privatistica del "Fondo", aveva tentato di inferirne un carattere pubblicistico, in base ad un asserito ruolo

¹² Tribunale dell'Unione Europea, *Italia e altri c. Commissione*, (T-98/16; T-196/16 e T-1986/16). Quest'ultima sentenza aveva annullato la decisione della Commissione del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA 39451 (2015/C).

¹³ Si tratta di ulteriori somme, strumentali a rendere possibili interventi "facoltativi", che consentono al FITD di effettuare due tipologie di attività. Da un lato, ai sensi dell'art. 28 del suo statuto, il FITD può intervenire quale braccio finanziario-operativo nella cessione di attività e passività riguardanti uno dei suoi membri sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, come per Tercas, ai tempi della controversia. Dall'altro, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del proprio statuto, il FITD può intervenire in "finanziamenti, garanzie, assunzione di partecipazioni o mediante altre forme tecniche per sostenere uno dei propri membri sottoposto ad amministrazione straordinaria, qualora sussistano prospettive di risanamento e ove sia prevedibile un minor onere rispetto a quello derivante dall'intervento del FITD nel caso di una liquidazione coatta amministrativa di tale membro" (cfr. Sentenza in commento, al punto 10). Nella letteratura internazionale, in tema di aiuti di Stato nel settore bancario, si rimanda a G. LO SCHIAVO, *State aids and credit institutions in Europe: what way forward?*, in *European business law review*, 2014, pp. 427 ss. Nei trattati, cfr. AA.VV., *EU State aids*, a cura di L. HANCHER, T. OTTENVANGER, P.J. SLOT, 4° ed., London, 2012, Cg. 19-001/19-078.

attivo della Banca d'Italia nella gestione delle risorse finanziarie; ruolo che si era per contro sostanziato nella presenza dei funzionari dell'Istituto di Via Nazionale alle riunioni, quali osservatori. La Banca d'Italia non aveva avuto alcun potere decisionale in merito all'utilizzo delle risorse private del "Fondo", né ne aveva esercitato alcuno, ragion per cui il Tribunale dell'Unione europea aveva annullato, nel 2019, la decisione della Commissione del 2015.

3. La ratio essendi della decisione di secondo grado

Si condivide, anche per coerenza, la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale conferma il *decisum* di primo grado, sebbene nell'ambito di una disamina di questioni di diritto, ma forse anche per questo con argomentazioni ancora più persuasive.

Due sono i motivi di impugnativa della Commissione contro la decisione del Tribunale dell'Unione europea.

Con il primo motivo, la Commissione lamenta "la violazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE [...]"¹⁴, in relazione tanto alla prima quanto alla seconda sua parte. In particolare, il Tribunale avrebbe commesso, rispettivamente, un errore di diritto nell'imporre, al fine di stabilire se vi fosse un aiuto di Stato, "un onere della prova più gravoso di quello richiesto dalla giurisprudenza della Corte"¹⁵; "un errore di diritto omettendo di procedere a un'analisi globale degli indizi prodotti da tale istituzione per dimostrare la sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti dell'imputabilità e delle risorse statali"¹⁶.

La Corte rigetta il primo motivo, statuendo¹⁷ che il Tribunale non aveva imposto criteri di prova diversi, essendosi limitato per contro ad applicare la giurisprudenza della Corte. La giurisprudenza in parola (in tal senso, sentenze del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99; del 23 novembre 2017, Servizi assicurativi del commercio estero Spa (SACE) e Sace BT/Commissione, C-472/15 P, non pubblicata, e del 10 dicembre 2020, Comune di Milano/Commissione, C-160/19 P.), per quanto riguarda l'imputabilità di una misura allo Stato, precisa che essa non può essere dedotta dal solo fatto che detta misura sia stata adottata da un'impresa pubblica. Infatti, "anche nel caso in cui lo Stato sia in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza determinante sulle sue operazioni, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto"¹⁸. La decisione in esame aggiunge anche che è necessario verificare "se si debba considerare che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione di tale misura".

Il Tribunale, a detta della Corte, aveva esposto tutti gli elementi, i quali escludevano che l'intervento del FITD fosse imputabile allo Stato italiano.

Solo dopo aver proceduto a tale analisi, il Tribunale aveva concluso¹⁹, al punto 106 di tale sentenza, che un intervento facoltativo del "Fondo" non costituiva esecuzione di un mandato pubblico, "in quanto ha una finalità diversa da quella relativa ai rimborsi dei depositi prevista nell'ambito della direttiva 94/19"²⁰.

¹⁴ Punto 36 della sentenza in commento.

¹⁵ Punto 37 della sentenza in commento.

¹⁶ Punto 45 della sentenza in commento.

¹⁷ Punto 73 della sentenza in commento.

¹⁸ Punto 59 della sentenza in commento.

¹⁹ Punto 16 della sentenza in commento.

²⁰ Punto 82 della sentenza in commento.

Con il secondo motivo di ricorso la Commissione contrasta la decisione di primo grado per quanto attiene all'interpretazione del quadro normativo di riferimento e, più in generale, del d.lgs. n. 385/1993 e successive modifiche e integrazioni (Testo Unico Bancario, di seguito: TUB), specie in rapporto con lo statuto del FITD.

E' noto che, ai sensi dell'articolo 96-ter, comma 1 del TUB "la Banca d'Italia avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario", "autorizza", per effetto della lett. d) del detto comma, "gli interventi dei sistemi di garanzia e le esclusioni delle banche dai sistemi stessi". Sulla base di tali premesse, i Giudici di Lussemburgo ricordano²¹ che il tenore letterale di tale disposizione consente di considerare che la Banca d'Italia, così come le altre autorità parimenti responsabili della tutela degli interessi pubblici, è legittimata a operare un controllo degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi alla luce del quadro normativo vigente, al fine di tutelare detti interessi²².

E' qui che l'impugnativa della Commissione rivela la sua illogicità, ed è dunque rigettata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: l'espressione "avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario", di cui all'art. 96-ter, comma 1, del TUB, non implica che la Banca d'Italia eserciti un controllo di opportunità sugli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, come le misure controverse; né d'altro canto, la Commissione ha dimostrato che il Tribunale abbia snaturato tale disposizione.

Secondo la Corte, non è rinvenibile lo snaturamento dell'articolo 21 dello statuto del "Fondo"; infatti, a differenza delle risorse necessarie per il funzionamento del consorzio, i contributi facoltativi sono considerati come anticipazioni, ed è obbligatorio contribuire all'intervento e non al metodo di finanziamento dei contributi che ha la propria origine in una disposizione statutaria di natura privatistica, mentre l'obbligo di intervenire, come sottolineato dal Tribunale, trae origine da una disposizione normativa laddove il FITD è "specificamente incaricato dallo Stato della gestione dei contributi versati dai membri a titolo di garanzia legale dei depositi".

Ovviamente, ha ragione la iniziale dottrina, che ha commentato la sentenza in epigrafe, a domandarsi se la decisione della Corte, che si esprime a favore del sistema bancario italiano, sia il risultato di una debolezza argomentativa della difesa, di fronte alla Corte medesima, della Commissione²³, ovvero se vi siano ragioni di tipo sostanziale che, sulla scorta del dato normativo, dovrebbero escludere a priori la natura pubblicistica del "Fondo".

Si propende in questa sede per la seconda ipotesi, che affonda nello statuto del FITD le sue radici e la sua legittimazione a disporre interventi di tipo facoltativo, quale braccio finanziario del sistema, comunque pur sempre soggetto privato, in uno scenario di crisi della banca.

²¹ Punto 96. Viene statuito: "Orbene, il tenore letterale di tale disposizione [, art. 96, TUB,] consente di considerare che la Banca d'Italia, così come le altre autorità parimenti responsabili della tutela degli interessi pubblici, sia legittimata a operare un controllo degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi alla luce del quadro normativo vigente, al fine di tutelare detti interessi".

²² L'art. 96, TUB, si riconnette ad un macro-sistema di regole, fra cui l'articolo 5 del TUB, in base al quale la Banca d'Italia esercita la vigilanza prudenziale "avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia". Si ritiene che l'utilizzo di somme, accantonate in via facoltativa dal sistema e volte a favorire l'ingresso di una banca del sistema nel capitale dell'altra, non possa pregiudicare la sana e prudente gestione delle banche coinvolte, proprio perché operazione all'interno dell'"universo vigilato".

²³ Ciò è correttamente messo in luce da A.A. DOLMETTA, L.S. LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, 4 marzo 2021, online.

Per vero, rimane un elemento di perplessità legato al fatto che la normativa, incentrata sull'art. 96-ter, TUB, nella sua formulazione di cui al comma 1 e alla relativa lett. d), appare ingannevole all'osservatore non italiano, statuendo che la Banca d'Italia "avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario" autorizza, tra l'altro, gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi; una statuizione che sembrerebbe estendere l'autorizzazione della Banca d'Italia anche agli interventi di natura facoltativa, previsti nell'ambito dell'autonomia statutaria del "Fondo". Il che è contraddittorio in quanto gli interventi facoltativi non solo non hanno attinenza a fondi pubblici, ma non sono né gestiti né autorizzati dall'Autorità.

Il dilemma potrebbe essere superato ove, *de iure condendo*, il legislatore italiano meglio conciliasse l'autonomia statutaria e le esigenze pubblicistiche di intervento dei sistemi di garanzia prevedendo, ad esempio, alla lettera d) dell'art.96-ter, comma 1, che restano esclusi dall'autorizzazione della Banca d'Italia gli interventi dei sistemi di garanzia a valere su contribuzioni volontarie.

4. I "precedenti" in tema di aiuti di Stato

Sul concetto di aiuti di Stato, i "precedenti" non avrebbero dovuto far propendere per una tale difesa da parte della Commissione. Il caso *Doux Elevage*²⁴ rappresenta tradizionalmente l'epitome dell'orientamento della Corte volto ad escludere il carattere di aiuto di Stato ove l'intervento promani da organizzazioni professionali ovvero di categoria, e i relativi fondi provengano da contribuzioni degli stessi aderenti²⁵; circostanza molto simile a quella del FITD nel caso Tercas.

Si è già rammentato²⁶ che detto orientamento era stato condiviso dalla Commissione prima dello "scoppio" del caso "Tercas" con il salvataggio della Roskilde Bank A/S, una banca danese, di cui alla decisione della Commissione europea del 31 luglio 2008²⁷. In questo caso si era trattato di una garanzia di firma da parte del locale fondo di tutela dei depositanti, piuttosto che di una concessione di liquidità. Era stato deciso che l'intervento in parola non rivestiva il carattere di aiuto di Stato, in quanto il fondo era alimentato con i contributi degli aderenti e gestito sulla base di sue autonome decisioni, assunte a maggioranza degli associati.

E' pur vero che la Corte, in alcuni casi, non è stata refrattaria ad accedere alla tesi opposta. L'origine pubblica dei fondi utilizzati non è l'elemento qualificante dell'intervento quale aiuto di Stato, atteso che ciò che rileva è l'imputabilità della decisione allo Stato. In tal

²⁴ C-677/11, 30 maggio 2013.

²⁵ Ciò sarebbe il caso di un fondo di tutela dei depositanti. Secondo tale configurazione, il fatto che l'associazione o consorzio abbia una autorizzazione o, *rectius*, un riconoscimento pubblico, non cambia la qualifica privatistica, e non pubblicistica delle somme, nella misura in cui l'organo pubblico svolga semplicemente un "mero controllo di regolarità e legittimità". Cfr. A.M. BENTIVEGNA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia risanamento e risoluzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 3/2015, pp. 25-54, particolarmente p. 48.

²⁶ P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. La sentenza Tercas: Brussels versus Italy?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 15 ottobre, pp. 686-718.

²⁷ European Commission, 31 luglio 2008, NN 36/2008 Denmark. Il caso della banca danese riecheggia nel commento di A.M. BENTIVEGNA, *Il ruolo (incerto) dei sistemi di garanzia dei depositanti nel nuovo regime*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, pp. 461 ss.; V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, pp. 23 ss.; C. A. RUSSO, *Commissione europea, aiuti di Stato alle banche e diritto societario: una difficile convivenza*, in *Banca, impresa società*, 2009, pp. 381 ss.

senso, avrebbe rilevanza non necessariamente il rapporto organico o di controllo tra “la pubblica autorità e l’ente erogatore”²⁸, quanto piuttosto il “grado di influenza” esercitabile dall’autorità amministrativa²⁹; quello che la Commissione europea ha tentato di fare nel caso Tercas³⁰, attraverso circostanze fattuali non sempre verosimili.

Va anche detto che il giudizio di secondo grado avrebbe potuto essere finanche evitato, ove il Tribunale UE avesse prediletto la più netta e, per vero, chiara qualificazione delle contribuzioni volontarie quali “fondi privati”, laddove i fondi sono pubblici se interviene lo Stato con proprie risorse. La scelta del Tribunale UE di giocare la partita della qualificazione sul terreno instabile di chi gestisce i fondi (il soggetto pubblico), anche quelli di natura privata, ha consentito la inutile appendice giudiziale culminata nel *dictum* in commento. Per contro va riaffermato che il terzo pilastro dell’Unione Bancaria Europea si attegga quale forma di tutela del depositante³¹, in via diretta, con il rimborso delle somme che la banca non è in grado di corrispondere, o in via indiretta, attraverso attività dinamiche del “Fondo” che, indirettamente e prospetticamente, tutelano il depositante. E d’altro canto vi è chi sottolinea, in modo corretto, che la Commissione non ha mostrato negli anni coerenza nelle proprie decisioni, atteso che il caso Sicilcassa doveva suggerire conclusione diversa da quella del caso Tercas,³² anche perché “difformità di orientamenti [...] non appaiono giustificati da

²⁸ A.M. BENTIVEGNA, *Fondi*, cit, p. 47. Incidentalmente, nel rapporto fra FITD e Banca d’Italia, tale interazione sembra mancare.

²⁹ Il paradigma in tal senso è il caso *Stardust Marine*, C-482/99, sentenza 16/5/2002.

Nella dottrina italiana cfr. A.M. BENTIVEGNA, *Fondi*, op.cit, p. 47.

³⁰ La circostanza che i rappresentanti della Banca d’Italia partecipavano alle riunioni con il terzo acquirente doveva essere considerata quale indice di trasparenza, anche in relazione al fatto che l’Autorità di Vigilanza deve esprimere una valutazione sulla adeguatezza del soggetto acquirente; per contro, era ritenuta dalla Commissione indice della teoria complottistica.

³¹ Nella letteratura internazionale ed in lingua inglese, una disamina del fondo europeo di tutela dei depositanti si legge in K. ALEXANDER, *Principles of banking regulation*, Cambridge, 2019, pp. 171-177; R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of banking law*, 3° ed., Oxford, 2018, passim. Per un’analisi ancora più recente, si permette di rinviare a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European banking and financial law*, London and New York, 2020, pp. 148-159. Da una prospettiva di Oltremarica, cfr. I. H.-Y. CHIU, J. WILSON, *Banking law and regulation*, Oxford, 2019, Chapter “Crisis management and resolution”. Per una disamina delle risoluzioni bancarie transnazionali, si rimanda per tutti a AA.VV., *Research Handbook on Cross-border bank resolution*, a cura di M. HAENTJENS, B. WESSELS, London and New York, 2019.

In italiano, a livello manualistico, cfr. F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Bologna, 2019, pp. 310-323.

A livello monografico, cfr. G. BOCCUZZI, *Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, Roma, 2020; I. SABBATELLI, *Tutela del risparmio e garanzia dei depositi*, Padova, 2012.

Fra i contributi, si rimanda *ex plurimis* a S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, pp. 23-54; S. DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell’Unione Bancaria Europea*, in *Rivista bancaria*, 2016, online.

Circa il rapporto fra risoluzione e tutela dei depositanti, cfr. M. SEPE, *Supervisione bancaria e risoluzione delle crisi: separatezza e contiguità*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2018, p. 326, ss.

³² Cfr. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c’è aiuto di Stato?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2/2015., pp. 315-335, particolarmente p. 317). Viene sottolineato che nel precedente italiano, quello di Sicilcassa del 1999, la Commissione ritenne che il finanziamento da parte del fondo interbancario italiano per mille miliardi di lire - finalizzato a consentire l’acquisto da parte del Mediocredito centrale della banca siciliana - non costituiva aiuto di Stato, in circostanze in cui finanche la Banca d’Italia, con i fondi del Decreto Sindona, avrebbe coperto potenziali, ulteriori perdite. La Commissione UE, in quell’occasione, aprì bensì la procedura di infrazione (Commissione 2000/600/Ce del 10 novembre 1999) ma concluse nel breve volgere di un anno che non vi è era violazione delle disciplina degli aiuti di Stato (A. ARGENTATI, *Sistemi*, op.cit., p. 323). Sulla disciplina italiana di funzionamento del “Fondo”, cfr. F. CAPRIGLIONE, R. CERCONE, *Commento all’art. 96*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Tomo II, 2012, Milano,

ontologiche differenze strutturali nel frattempo intervenute con riguardo alla natura e configurazione del [Fondo]³³.

La decisione della Corte appare comunque criticabile per non aver colto le caratteristiche del mercato bancario e finanziario, in particolare il suo essere interconnesso³⁴. Nel caso della Tercas, l'intervento del "Fondo" risultava oggettivamente necessario al fine di salvaguardare la credibilità dell'intero sistema. Per definizione l'industria del credito presenta un rischio di facile contagio che, se non rintuzzato, si può estendere agli operatori "sani". Data questa interconnessione esistente all'interno dell'industria bancaria, il FITD, ma più ampiamente ogni fondo operante in un moderno Paese, ha una sorta di mandato ad utilizzare le proprie risorse finanziarie, private e non pubbliche, a beneficio della consociata in difficoltà; *ergo*: non aiuti di Stato, ma aiuti di tipo consociativo e privatistico³⁵.

Più in generale, la sentenza in commento non è la prima sul tema della interazione fra uno strumento di risoluzione (sebbene, nel caso di Tercas, un acquisto di terzo acquirente *ante litteram*) e aiuti di Stato. Un ulteriore caso deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea è stato quello delle banche slovene, rilevante per scopi di analisi giuridica a diversi fini, non solo relativi alla tematica in oggetto ma anche alla legittimità di azioni di risoluzione che espropriano i diritti degli azionisti e obbligazionisti. Il 4 dicembre 2013 piccoli titolari di titoli di debito avevano presentato un ricorso di fronte alla Corte Costituzionale della Slovenia, contestando la legittimità della decisione adottata nel 2013 dalla Banca di Slovenia, banca centrale di quel Paese, di espropriare tutti i titolari di bond subordinati e di azioni di cinque banche slovene, incluse quelle definibili "importanti" da un punto di vista sistemico (lo erano tre delle cinque). La banca centrale della Slovenia aveva fatto leva su di una comunicazione della Commissione UE dell'1 agosto 2013³⁶ per motivare il proprio *modus operandi*. In particolare, secondo la detta autorità slovena occorre procedere ad un completo *write-down* o annullamento dei debiti selezionati: una imposizione di una condivisione di oneri fra azionisti e titolari di debiti subordinati, prima che fossero concessi aiuti di ogni tipo alle banche in dissesto³⁷.

Il caso fu di seguito rinviato in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di ottenere un giudizio sulla validità, a stregua del diritto UE, della comunicazione della Banca centrale slovena³⁸. L'opinione dell'Avvocato generale della Corte del 18 febbraio 2016, si riverberò, in modo quasi pedissequo, sulla decisione finale della Corte, secondo cui l'adozione della comunicazione era necessaria e giustificata: essendo quella comunicazione conseguente ad una crisi finanziaria globale, quella del 2007/2008, la Commissione aveva posto le basi giuridiche e concettuali per il risanamento di un ente creditizio in crisi. Al fine di limitare le distorsioni del mercato e di evitare aggravii dei bilanci

pp. 1209 ss.; R. CERCONE, *Commento all'art. 96-bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Tomo II, Milano, 2018, pp. 1368 ss.

³³ Così, correttamente, D. ROSSANO, *Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019 p. 25.

³⁴ L'argomento viene efficacemente menzionato da G. BRANCADORO, *La sentenza, cit.*, pp. 1-4.

³⁵ Ancora, sul punto, cfr. G. BRANCADORO, *La sentenza, op.cit.*, p. 4. L'Autore aggiunge che vi è anche un rischio reputazionale dell'intera industria bancaria, che l'intervento del "Fondo" mira a tutelare.

³⁶ European Commission, *"The Application, from 1 August 2013, of State Aid Rules to Support Measures in Favour of Banks in the Context of the Financial Crisis"* COM (2013) 216 (Banking Communication).

³⁷ È da notare che in questo caso i creditori "risolti" non ricevettero nulla.

³⁸ Case C-526/14 *Kotnik and Others* Advocate General's Opinion – 18 February 2016, Advocate General: Wahl. Nella letteratura italiana, fra i commenti si rinvia a N. RUCCIA, *Il rapporto tra bail-in e aiuti di stato secondo la Corte di Giustizia*, in *Università degli Studi di Bari, Annali*, 2016, Anno IV, pp. 459-465.

pubblici, appariva ragionevole il sacrificio imposto ai titolari di passività, attraverso la conversione dei crediti e/o la loro svalutazione³⁹. La Corte poi, chiamata a decidere se una tale svalutazione e/o conversione dovesse essere totale, prima che aiuti di Stato fossero concessi (tesi pura e dura), ovvero potesse essere parziale, adottò la seconda posizione, in particolare prevedendo che, ove un istituto di credito non sia allineato ai requisiti minimi di capitale, la falciatura della conversione ovvero della svalutazione potrà riguardare tutti i titoli, ma solo quelli subordinati. In altre parole e in via di principio, ciò è *condicio sine qua non*, ma anche condizione sufficiente, per la concessione degli *aiuti di Stato*⁴⁰. Rilevante per la Corte di giustizia, è il grado di discrezionalità della Commissione UE nello stabilire la validità degli aiuti di Stato, ciò potendo portare anche esentare la Commissione dalla disamina delle specifiche circostanze eccezionali invocate da uno Stato membro.

Il caso delle banche slovene, quasi coevo a quello della decisione sulla Tercas, con l'applicazione ortodossa della comunicazione da parte della Commissione⁴¹, può presentare elementi di sottile connessione logica.

Tuttavia, la Commissione può aver ignorato, nel caso della Tercas, le virtuose peculiarità dell'ordinamento bancario italiano, basato su di un "Fondo" le cui risorse non sono semplicemente finalizzate, in chiave *ex post*, a rimborsare i depositanti, ma in chiave *ex ante* a prevenire le crisi attraverso strumenti dinamici, dei quali non è, verosimilmente, dotato il fondo della Slovenia, Paese per il quale si è posto ulteriore tema della legittimità di provvedimenti privativi della proprietà, particolarmente con riguardo ai crediti⁴². Circostanza, quella dell'intervento preventivo, che al momento è resa difficile dai limiti della legge, la quale consente di utilizzare tale sistema solo ove sussista un "minore onere" in relazione a quello che sarebbe risultato, nel caso in cui l'intervento avesse riguardato direttamente solo i depositanti⁴³. Per contro, a evidenziare la specificità del Fondo italiano, allorché le risorse di natura volontaristica possano di per sé evitare la liquidazione della banca, a tale stadio, nella misura in cui non vi sia l'impiego di risorse del fondo di natura obbligatoria, gli aiuti di Stato sarebbero senz'altro consentiti.

Da una diversa prospettiva, suscita perplessità il fatto che la Commissione abbia voluto ignorare, da un punto di vista esegetico, la stessa dinamica della normativa UE in tema di interventi autorizzativi da parte della autorità di vigilanza nazionale. È proprio a seguito del recepimento della direttiva n. 49 del 2014, avvenuta in Italia con D.lgs. n. 30 del 2016, che è stato rimosso ogni riferimento alla stabilità del sistema, essendo ora l'autorizzazione della

³⁹ N. RUCCIA, *Il rapporto*, *op.cit.*, pp. 459-465, in particolare p. 462.

⁴⁰ N. RUCCIA, *Il rapporto*, *op.cit.*, pp. 459-465.

⁴¹ Sulla natura psicologicamente traumatizzata di tutta la normativa della BRRD, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank e decisaum della Suprema Corte Britannica relativa al Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impresa società*, n. 2/2019, pp. 377-425, ed anche P. DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, 2020.

⁴² Nella dottrina internazionale, l'interazione fra investimenti *lato sensu* e diritti umani si legge in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, s.l., 2018. E' da notare, anche se estraneo al tema, che la sentenza della CJEU sulle banche slovene censurò la decisione della banca nazionale slovena, di non prevedere alcun compenso per i creditori ovvero per i soci le cui pretese erano state convertite.

⁴³ Ciò discenderebbe proprio dalla BRRD la quale all'art. 108 prescrive che i Confidi di garanzia, nella fase di liquidazione, godono di un regime privilegiato rispetto agli altri creditori chirografari. Cfr. in dottrina D. ROSSANO, *Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Rivista trimestrale diritto dell'economia*, 2019, p. 32.

Banca d'Italia limitata alla sola tutela dei depositanti e alla adeguatezza dei fondi di garanzia a rimborsare i depositanti protetti⁴⁴.

5. Raccordo sistematico

Con la decisione del marzo 2021, la Corte di giustizia conferma un approccio rigoroso e logico alla tematica degli interventi del FITD, nel caso di crisi bancarie.

Già in sede di commento alla decisione di prime cure si era contestato il ragionamento del Tribunale, che, invece di mettere a nudo quella che, secondo le categorie italiane, sarebbe stata una illegittimità della decisione dell'autorità amministrativa, si era cimentato, seppur arrivando al medesimo risultato, sulla qualificazione dell'intervento del "Fondo", con una interpretazione assai complessa dell'aiuto di Stato o meno.

Sebbene il Tribunale UE sia giunto alle stesse conclusioni (*ergo*, la BPB non ha violato alcuna norma), preoccupava alquanto che l'autorità giurisdizionale di primo grado dell'Unione omettesse di considerare il carattere fondamentale del terzo pilastro dell'Unione bancaria europea: il fondo di garanzia dei depositi è autonomo e le sue risorse sono private, in quanto discendono dalle contribuzioni delle banche aderenti al sistema; ciò *a fortiori* nel caso italiano in cui, per ragioni solidaristiche, le quali si riconnettono anche alla tradizione italiana, lo statuto del "Fondo" consente di contribuire al di sopra di quanto strettamente necessario per pagare i depositanti assicurati.

Si ribadisce quanto già rimarcato in sede di commento alla decisione del Tribunale: la connessione, diretta ovvero indiretta, tra fondi privati ed *agere* amministrativo è totalmente indimostrata ed è contemplata solo nell'approccio della Commissione, che fa leva sulla *teoria della cospirazione*.

Da un punto di vista dottrinale, si ritiene di poter richiamare la tesi secondo cui l'operare del FITD, con risorse private, come nel caso Tercas, costituisca una nuova tipologia di *bail-in*, il così detto *bail-with*. Il *bail-with* è tale in quanto, rispetto al *public bail-out*⁴⁵, realizza il salvataggio dell'ente creditizio attraverso l'uso, pienamente legittimo, delle somme che il "Fondo", in linea con il proprio statuto, chiede di versare agli aderenti⁴⁶. Il carattere privatistico di una parte delle risorse del "Fondo", in quanto queste sono rivenienti da contribuzioni aggiuntive ed ulteriori, fatte in una logica tanto consorile quanto preventiva, costituendo un vantaggio competitivo italiano, dovrebbe essere espressamente riconosciuto al livello legislativo, dunque nel corpo delle legislazione dell'Unione bancaria.

Dette conclusioni sono inferibili dalla lettura della normativa istitutiva del terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea, normativa che la Commissione non sembra aver voluto prendere in considerazione. Sono apparsi alla Commissione più convincenti i *dicunt* legati al fatto che alle riunioni fra terzo compratore, fondo interbancario e banca in dissesto intervenisse anche la Banca d'Italia per desumere, sulla base di una non meglio definita

⁴⁴ Cfr. AA.VV., *Commento sub art. 9-ter*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, a cura di R. Costi, F. Vella, Milano, 2019, 534-535. Di tal via è stata rimossa anche la previsione che subordinava l'esecuzione del singolo intervento all'autorizzazione della Banca d'Italia.

⁴⁵ Il così detto "government bail-out".

⁴⁶ Il concetto di *bail-with*, che sarebbe corroborato proprio dal caso Tercas e dagli altri che in futuro ci possano essere, è adombrato da P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in: Do Italians do It Better (or Worse or not at All)?*, in *European Business Law Review*, 2021, pp. 93-115.

qualificazione giuridica, che la questione veniva gestita in una dimensione di interesse pubblico, *ergo di* aiuto di Stato.

Come sottolineato anche nel presente contributo, l'intervento della BPB nel capitale della Tercas, quale compratore privato, pur avvenuto prima della emanazione della più volte citata *BRRD*, aveva comunque caratteristiche simili a quelle di uno degli strumenti di risoluzione di cui alla *BRRD* medesima, in questo caso l'acquisto da parte di una banca terza.

Ancora, anche se l'impianto normativo della UE va precisandosi, appare necessario ipotizzare forme di tutela giurisdizionale più tuzioristiche per l'impresa bancaria. In questo caso, il terzo compratore ha dovuto attendere più di un lustro per conoscere la sorte del merito della controversia. Pur se il ritardo lascia spazio ad azioni risarcitorie nei confronti della Commissione, è ragionevole chiedersi se non si rendano opportune riforme nell'ambito del diritto europeo, non solo quello sostanziale, ma anche quello processuale. Fra queste vi potrebbe essere la possibilità di introdurre un'azione ingiuntiva che consenta - alla parte affetta da un provvedimento *prima facie* illegittimo dell'autorità - una sospensione dell'atto medesimo. Senza un tale strumento processuale, l'azione risarcitoria che allo stato attuale spetta innegabilmente alla Banca acquirente, ma anche al "Fondo", rischia di divenire una vittoria simbolica.

Sebbene sia indubbio che la crisi finanziaria del 2007/2008 abbia mutato l'economia mondiale, così come era accaduto per la crisi del 1929 e per le altre, purtroppo ricorrenti nella storia dell'umanità, non è soltanto la legislazione emanata sulla spinta istintiva⁴⁷, ma anche la interpretazione a volte non tecnica della Commissione UE nel campo della battaglia giudiziaria della Tercas. Il massimalismo della decisione della Commissione in merito alla Tercas sembra fare il paio con la medesima *forma mentis* che l'ha animata.

Inoltre, nell'esaminare il rapporto fra risoluzione, aiuti di Stato e terzo pilastro (tutela dei depositanti), si ribadisce anche nel presente lavoro che la creazione di un sistema realmente paneuropeo di tutela dei depositanti, con la creazione di un unico fondo, opzione che era stata caldeggiata a livello dottrinale, anche alla luce della vicenda Tercas, debba essere, se non ripensata, quanto meno meditata⁴⁸. Stante la forte delega di sovranità da parte dei diversi Paesi dell'Unione nel settore bancario, inclusa potenzialmente la tutela dei depositanti, il ruolo così pervasivo della Commissione nel suo *modus operandi* sembra porre profili critici. Ove ciò non sia compensato da forme di tutela evolute, di tipo giurisdizionale e amministrativo, come *ex ante review*, anche l'opzione di un fondo paneuropeo di tutela dei depositanti, unico per tutti i Paesi dell'Unione, non sembra essere la soluzione ideale; per contro, il *bail-with* e forme di intervento creativo del fondo, come nel caso italiano, risultano meglio rispettosi, per il momento, della loro sovranità⁴⁹. D'altro canto è noto che il terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea è il più vacillante dei tre, ed anzi quello mancante, rimasto nel limbo forse perché è quello che maggiormente interferisce con la sfera politica. Il caso Tercas, dunque, e la mancata comprensione del meccanismo italiano del *bail-with*

⁴⁷ Chi scrive, ha parlato recentemente di "*traumatised regulation*". Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge Bank e decisum della UK Supreme Court su Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius and coactus argentarius*, in *Banca Impresa Società*, 2019(2), pp. 424-425.

⁴⁸ In generale, sulla Unione Bancaria Europea, si rimanda a AA.VV., *European Banking Union*, a cura di D. Busch, G. Ferrarini, Oxford, 2020. Cfr. anche da un punto di vista storico, M. LAMANDINI, D. RAMOS MUÑOZ, *EU Financial Law*, Milano, 2016.

⁴⁹ Nel caso di specie, la peculiarità italiana di avere un fondo di garanzia il quale, in forma pienamente legale, chiede contribuzioni più alte in vista di interventi più ampi del sistema, andrebbe salvaguardata, al fine di consentire all'industria bancaria italiana di auto-preservarsi.

confermano la necessità di un completamento, su basi logiche e non politiche, di questo pilastro⁵⁰.

Nella sentenza della Corte di Giustizia della UE, rimane sullo sfondo, implicito ma comunque pressante, il tema del risarcimento del danno, connesso all'azione disarticolata e, de iure, illegittima della Commissione. Come ricordato, l'art. 266 TFUE, prescrive che l'istituzione, l'organo o l'organismo "da cui emana l'atto annullato o la cui estensione sia stata dichiarata contraria ai trattati 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, comma 2, TFUE". A sua volta l'anzidetta norma prescrive 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 loro agenti nell'esercizio delle loro funzioni".

Da una prospettiva di giustizia, dunque, i conti sembrano tornare, in quanto sia il mancato acquirente italiano di Tercas, quanto il "Fondo", sono legittimati all'azione risarcitoria nei confronti della Commissione. Si tratta di una tutela *ex post* che, se da un lato può raggiungere un equilibrio economico fra danneggiante e danneggiato, dall'altro non spiega come degli operatori del mercato non siano stati messi nelle condizioni di recitare la loro parte, quella di attori, in questo caso di attori mancati.

⁵⁰ Parla di pilastro vacillante, con espressione tanto icastica quanto razionale, S. AMOROSINO, *L'Unione Bancaria Europea e l'egemonia delle decisioni politiche*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, pp. 31-39, in particolare p. 35.

Viene sottolineato quanto segue: "Sta di fatto che il sistema di garanzia è rimasto nel *limbo* per una potente ragione politica: l'ostilità degli elettori dei Paesi "nordici" alla prospettiva che crisi di banche nazionali, asseritamente più probabili nei Paesi "meridionali" meno virtuosi vengano pagate con fondi europei, con il concorso dei Paesi "più virtuosi".