

Data di pubblicazione: 14 novembre 2023

CARMINE RUGGIERO\*

*Il caso Tercas e gli aiuti di Stato: una vicenda dai doppi risvolti*

Oggetto di disamina è il “caso Tercas<sup>1</sup>” che ha destato un significativo interesse nella comunità scientifica e che concerne la delimitazione delle misure nazionali di sostegno al sistema bancario e conseguentemente la decodificazione del concetto di aiuti di stato.

Va *in primis* evidenziato che il caso in esame trae origine dalla Decisione Ue 2016/1208 della Commissione Europea che nel 2015 ha coinvolto Tercas Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo spa e, in modo particolare, la natura giuridica dell’intervento a favore di quest’ultima da

---

\* Professore straordinario di Diritto dell’economia, Università Telematica Pegaso; giudice tributario.

<sup>1</sup> Per una prima ricostruzione sul tema, v. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c’è aiuto di Stato?* in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, 2, p. 327 ss.; L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d’emergenza*, in *Innovazione e Diritto*, 2017, n. 5, p. 284 ss.; D. DIVERIO, *Le misure nazionali di sostegno al mercato bancario: un’applicazione à la carte della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese?* in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, n. 3, p. 603 ss.

parte del Fondo Interbancario di tutela dei depositi che, in tale circostanza, era stato annoverato dalla Commissione tra gli aiuti di Stato vietati.

In particolare, la disamina della questione si incentra sulla sentenza della Corte di Giustizia che rappresenta 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.

La rilevanza della sentenza della Corte di Giustizia si spiega in quanto essa è foriera di una importante interpretazione concernente proprio la tematica degli aiuti di Stato alle banche.

Per quanto attiene al fatto, l'*incipit* è stato rappresentato dall'atto con cui in data 2 marzo 2015 la Commissione europea (la "Commissione") ha notificato l'avvio di un'istruttoria ai sensi dell'art. 108(2) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE") nei confronti della Repubblica Italiana per presunta violazione della disciplina sugli aiuti di Stato in relazione ad alcuni interventi di sostegno effettuati dal Fondo Interbancario tutela depositi ("FITD" o "Fondo") in favore della Banca Tercas (il "provvedimento di avvio"). Più precisamente, l'indagine ha ad oggetto gli interventi erogati in favore di Banca Tercas in amministrazione

straordinaria dal FITD e autorizzati da Banca d'Italia<sup>2</sup>. Con decisione del 23 dicembre 2015, la Commissione riteneva illegittimo l'intervento del FITD a sostegno di Banca Tercas<sup>3</sup>. Pur essendo il Fondo un ente di natura privata, secondo la Commissione la misura costituiva in realtà un aiuto di Stato da parte dell'Italia, incompatibile con il mercato interno, e per questo motivo ne ordinava l'immediato ed effettivo recupero.

Assume rilievo delimitare il concetto di aiuto di Stato e va evidenziato che bisogna far riferimento all'art. 107, §1, TFUE secondo cui occorrono 4 condizioni cumulative affinché si possa parlare di aiuto di stato: l'intervento dello Stato, ovvero mediante risorse statali; la selettività del vantaggio; il pregiudizio agli scambi tra gli Stati membri; il pregiudizio alla

---

<sup>2</sup> In data 7 luglio 2014, riguardanti: erogazione per cassa di un contributo di EUR 265 milioni a copertura del deficit patrimoniale; rilascio di una garanzia di EUR 35 milioni a fronte dell'integrale rimborso delle posizioni riconducibili al gruppo Samori; impegno a partecipare, nella misura massima di EUR 30 milioni, alla copertura di ulteriori perdite risultanti dal bilancio finale della procedura, a seguito della contabilizzazione dell'onere fiscale derivante dai contributi precedenti.

Sul piano sostanziale, l'ipotesi accusatoria delineata dalla Commissione nel provvedimento di avvio si snoda intorno ai seguenti passaggi così schematicamente riassunti: le contribuzioni erogate al Fondo dalle banche consorziate e utilizzate per effettuare gli interventi di sostegno alle consorziate in dissesto hanno natura obbligatoria (alla stregua di contributi parafiscali) e possono pertanto essere considerate risorse statali; allorché effettua degli interventi di sostegno alle banche in dissesto il Fondo ha finalità e funzioni pubblicistiche a tutela di interessi generali (la protezione dei depositi); la decisione del FITD di destinare parte di tali fondi al sostegno di Tercas può essere imputata allo Stato italiano, per effetto della funzione di coordinamento/controllo che la Banca d'Italia esercita nei confronti del Fondo; l'intervento del Fondo non rispetta il principio del minor costo e in generale i criteri che dovrebbero guidare un soggetto di mercato.

<sup>3</sup> Decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas (GU 2016, L 203, pag. 1). La decisione interveniva dopo una richiesta di chiarimenti formulata informalmente nell'agosto 2014 e proseguita formalmente con l'avvio dell'istruttoria ex art. 108, par. 2, TFUE in data 2 marzo 2015.

concorrenza. Seppur oggetto di discussione in primo grado, la sussistenza delle ultime tre condizioni pareva essere pacifica. Inoltre, sulla base di giurisprudenza consolidata il concetto di aiuto di stato si sostanzia, *in primis*, in un aiuto corrisposto dallo Stato e che si utilizzino risorse statali; invece, il concetto di imputabilità involge se le autorità pubbliche abbiano inciso sull'adozione della stessa; tuttavia, la problematica si pone quando almeno sotto il profilo formale l'aiuto è erogato da un organismo solo formalmente distinto dallo Stato. È evidente che si intrecciano distinte e differenti questioni.

È fuor di dubbio, infatti, che l'intervento del Fondo fosse in grado di procurare un vantaggio selettivo (è riferibile solo a Tercas); di incidere negativamente sugli scambi tra Stati membri (la rilevanza di Tercas la pone in concorrenza con altre imprese bancarie estere); e di falsare la concorrenza (il salvataggio evita la bancarotta e la conseguente uscita dal mercato del beneficiario dell'aiuto). Lo stesso non può dirsi per la prima delle condizioni, vale a dire l'origine statale dell'aiuto, sulla quale si è incentrata principalmente la controversia. In base a precedenti arresti della Corte, affinché possa configurarsi tale condizione, la Commissione deve provare tanto che l'aiuto sia stato concesso dallo Stato, quanto che sia stato fatto utilizzo di risorse statali.

Va altresì evidenziato che, per quanto attiene al requisito della imputabilità, per verificare se una misura d'aiuto sia imputabile allo Stato, occorre valutare se le autorità pubbliche abbiano inciso in qualche modo

sull'adozione della stessa<sup>4</sup>. Se la misura è prevista dalla legge o da un provvedimento amministrativo, è indubbio che essa sia imputabile allo Stato. In realtà il problema dell'imputabilità si pone quando l'aiuto è formalmente concesso da un organismo distinto dallo Stato, quale un'impresa pubblica o un ente privato. Il fatto che una misura sia concessa da un ente privato – come il FITD, nella fattispecie – non ne esclude *a priori* la natura di aiuto di Stato. Per evitare che siano creati appositi enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti per aggirare le norme del Trattato (c.d. rischio di sotto-inclusione)<sup>5</sup> o, al contrario, che siano inclusi vantaggi che non sono imputabili allo Stato o che non comportano l'utilizzo di risorse statali (c.d. rischio di sovra-inclusione), la valutazione sulla configurabilità della prima condizione deve concentrarsi su ogni elemento utile risultante dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento in questione è stato adottato; gli indizi devono cioè suggerire un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di un'assenza di coinvolgimento nell'adozione della misura (c.d. *test Stardust*).<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Corte giust., 2 febbraio 1988, cause riunite 67/85, 68/85 e 70/85, *Kwekerij van der Kooy e a./Commissione*, punto 35; 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Association Vent De Colère e a.*, punti 17 e 18; 13 settembre 2017, causa C-329/15, *ENEA*, punto 21; 28 marzo 2019, causa C-405/16 P, *Germania/Commissione*, punto 49; 15 maggio 2019, causa C-706/17, *Achema e a.*, punto 48.

<sup>5</sup> Corte giust., 3 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, punto 58; 9 novembre 2017, causa C-656/15 P, *Commissione/TV2-Danmark*, punto 45.

<sup>6</sup> Corte giust., 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Commissione/Francia (Stardust)*, punto 56. Cfr., ancor prima, le conclusioni dell'avv. gen Jacobs, del 26 ottobre 2000, alla causa *Preussen Elektra*, cit., punto 115 e seguenti. Più di recente, 17 settembre 2014, causa C-242/13, *Commerz Nederland*, punto 33; 10 dicembre 2020, causa C-160/19 P, *Comune di Milano/Commissione*, punto 48.

Emerge chiaramente la prevalenza della natura sostanziale dell'aiuto in ossequio al “principio della prevalenza della sostanza sulla forma”.

Sul punto, la giurisprudenza ha indicato un insieme di indizi che mirano a dimostrare, pur in assenza di un'istruttoria precisa, che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione della misura d'aiuto. Se il *test Stardust* risulta necessario per un'impresa pubblica, che pure presenta un qualsivoglia legame con lo Stato, a maggior ragione esso deve applicarsi anche ad un ente privato. La prova del «coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero [della] improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento» dipende essenzialmente, come detto, dalle circostanze del caso di specie.

Nel caso di un ente privato come il FITD, proprio lo *status* giuridico del Fondo, nonché l'assenza di un vincolo di capitale pubblico, costituiscono indizi che tendono a confermare una mancanza di coinvolgimento statale. A differenza di un'impresa pubblica, infatti, un ente privato è dotato di totale autonomia organica, la quale spinge a presumere una piena indipendenza anche sul piano decisionale e operativo.<sup>7</sup>

Un dato va certamente sottolineato: per verificare se una misura d'aiuto sia imputabile allo Stato, occorre valutare se le autorità pubbliche abbiano

---

<sup>7</sup> Sul punto, v. Part. 2, lett. b), della direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, nella quale si definisce impresa pubblica «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina». In giurisprudenza, cfr. Tribunale, 25 giugno 2015, causa T-305/13, SACE e Sace BT/Commissione, punti 40 e 41.

inciso in qualche modo sull'adozione della stessa. Se la misura è prevista dalla legge o da un provvedimento amministrativo, è indubbio che essa sia imputabile allo Stato. Il problema dell'imputabilità si pone quando l'aiuto è formalmente concesso da un organismo distinto dallo Stato, quale un'impresa pubblica o un ente privato. Il fatto che una misura sia concessa da un ente privato – come il FTTD – non ne esclude *a priori* la natura di aiuto di Stato. Per evitare che siano creati appositi enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti per aggirare le norme del Trattato (c.d. rischio di sotto-inclusione), o, al contrario, che siano inclusi vantaggi che non sono imputabili allo Stato o che non comportano l'utilizzo di risorse statali (c.d. rischio di sovra-inclusione), la valutazione sulla configurabilità della prima condizione deve concentrarsi su ogni elemento utile risultante dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento in questione è stato adottato; gli indizi devono cioè suggerire un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di un'assenza di coinvolgimento nell'adozione della misura (c.d. *test Stardust*). Pare dunque corretta l'analisi del giudice dell'Unione secondo la quale il Tribunale non ha disatteso la giurisprudenza *Stardust* nello stabilire che nel caso di specie non fosse sufficiente dimostrare l'improbabilità, ma servisse una prova positiva dell'influenza statale. L'obbligo della Commissione di provare in modo giuridicamente adeguato il coinvolgimento pubblico «è tanto più necessario» in una situazione in cui la misura in questione è adottata da un ente privato, che di regola non si trova sotto il controllo dello Stato. Il livello di prova più rigoroso non è imposto dal Tribunale,

ma è insito nell'accertamento richiesto, che è naturalmente diverso qualora la misura sia concessa da un'impresa pubblica o da un ente privato come il FITD.<sup>8</sup>

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

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

---

<sup>8</sup> Tra le altre cose, vale la pena di precisare, come correttamente ricostruito dall'avv. gen Tanchev nelle conclusioni accluse alla causa (29 ottobre 2020), che la questione riguardava più «il livello di prova (che determina il grado di certezza o di persuasione necessario per dimostrare un fatto) che l'onere della prova (che determina quale parte deve provare i fatti e sopporta il rischio che i fatti non siano provati)». Sul livello probatorio imposto dalla Corte nel diritto della concorrenza e sui relativi criteri di scelta, v. le conclusioni dell'avv. gen Jääskinen alla causa Francia/Commissione, C-559/12 P, punto 34. In dottrina, v. F. CASTILLO DE LA TORRE-É. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham, 2017, spec. punto 2.002 ss.; A. KALINTIRI, *Evidence Standards in EU Competition Enforcement: The EU Approach*, Oxford, 2019, p. 33 ss.



giudizio. L'argomento della Commissione muoveva sull'erronea convinzione che ogni misura di intervento adottata dal Fondo sia in esecuzione di un mandato pubblico. In verità, quando il FITD agisce a sostegno di una banca aderente, come nel caso di specie, l'intervento è di natura facoltativa, adottato autonomamente e nell'interesse privato delle consorziate, e non già scaturente da un obbligo di legge nell'interesse pubblico (il rimborso dei depositanti).

Il caso Tercas segna senz'altro un momento di rottura nella disciplina degli aiuti di Stato al settore bancario. Prima della vicenda, l'approccio della Commissione non presentava manifesti segni di difformità rispetto alla giurisprudenza della Corte. L'orientamento del giudice dell'Unione è sempre stato nel senso di escludere la configurabilità del divieto di aiuti qualora la misura sia adottata da organizzazioni professionali ovvero di categoria. È evidente che si è verificato un cambio di rotta da parte della Commissione. Il cambio di rotta operato dalla Commissione ha un movente ben preciso. La decisione sul caso Tercas è intervenuta proprio nel momento in cui è entrata in vigore la nuova normativa in materia di gestione delle crisi bancarie.

Gli esiti della vicenda Tercas impongono due considerazioni sugli effetti a lungo termine della pronuncia. In prima battuta, pare potersi sostenere, con un buon grado di certezza, che la sentenza indurrà la Commissione ad allungare i tempi del procedimento di verifica della compatibilità degli aiuti di Stato, perlomeno in situazioni a limite come il caso di specie. I rilievi del giudice dell'Unione indurranno la Commissione a predisporre,

alla base delle proprie decisioni, un impianto probatorio certamente più consistente. Sotto un altro aspetto, la pronuncia formalizza, o più correttamente conferma, l'esistenza, in caso di crisi bancaria, di una strada alternativa agli strumenti di risoluzione prescritti dalla direttiva BRRD. Tale circostanza ha spinto parte della dottrina a descrivere l'alternativa come un'ipotesi di *bail-with*, inteso come «il salvataggio dell'ente creditizio attraverso l'uso, pienamente legittimo, delle somme che i fondi di tutela dei depositanti, in linea con i propri statuti, chiedono di versare agli aderenti».<sup>9</sup>

Come noto, con la sentenza del 19 marzo 2019, il Tribunale ha accolto detti ricorsi e ha annullato la decisione della Commissione. Il Tribunale ha motivato la propria decisione specificando che le condizioni per qualificare l'intervento del FITD come aiuto di Stato non potevano considerarsi soddisfatte, dal momento che tale intervento non era né imputabile allo Stato italiano né finanziato mediante risorse statali provenienti dal medesimo. Infine, con la decisione C-425/19 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha concluso la vicenda di Tercas confermando, come già sopra illustrato, la sentenza del Tribunale UE del 19 marzo 2019 (cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16) e respinto l'impugnazione della Commissione europea stabilendo che l'intervento del FITD non andasse annoverato tra gli aiuti di Stato vietati ai sensi dell'art. 108, 3 TFUE. È sulla base dell'analisi di tutti gli indizi presi in considerazione dalla

---

<sup>9</sup> B. PROFUMO, *Il caso Tercas: una rivoluzione nella disciplina degli aiuti di Stato in materia bancaria o tanto rumore per nulla?* in *DPCE on line*, 2019, Vol. 39, n. 2.

Commissione, inseriti nel loro contesto, che il Tribunale UE ha rilevato l'errore di diritto commesso dalla Commissione medesima nel ritenere che le autorità italiane avessero esercitato un controllo pubblico sostanziale nella definizione dell'intervento del FITD a favore di Banca Tercas S.p.a.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> G. MULAZZANI, *L'intervento del FITD a favore di Tercas non fu aiuto di Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2021, pp. 598-608