

**Oggetto: Aiuti di Stato - SA.39451 – Commissione europea - Decisione di avvio di istruttoria ex art. 108(2) TFUE - Interventi di sostegno a Banca Tercas – Osservazioni della Repubblica italiana**

**FATTO**

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 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 Samorì;
- 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.

## DIRITTO

### Considerazioni introduttive

Per ragioni di chiarezza e linearità espositiva, appare opportuno sommariamente riassumere in premessa i principali vizi della tesi prospettata dalla Commissione nel provvedimento di avvio.

In buona sostanza, dopo aver ricordato che i fondi di garanzia dei depositi sono alimentati da contributi obbligatori (di natura parafiscale) a carico delle banche consorziate– e come tali da considerare risorse di “Stato” alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia – la Commissione si occupa della pretesa natura pubblica dell’intervento del FITD in favore di Banca Tercas, ossia dell’imputabilità di siffatto intervento allo Stato italiano, sviluppando due ordini di argomenti:

- allorquando interviene con delle misure di sostegno a banche in difficoltà tramite le risorse del fondo di garanzia dei depositi, il FITD opererebbe in puntuale esecuzione di una potestà pubblicistica a presidio di un interesse generale le cui modalità di esercizio e i termini sono definiti dalla legge; tali considerazioni sarebbero già di per sé sufficienti ad attribuire alle decisioni del FITD natura pubblica imputandole allo Stato italiano;
- lo Stato ha influenzato in maniera determinante la decisione del Fondo di intervenire a sostegno di Tercas, tramite l’indirizzo e il controllo esercitato dalla Banca d’Italia nei confronti del Fondo.

In via recessiva, poi, la Commissione esclude anche che l’intervento del FITD nel caso di specie rispetti il principio del “minor costo” e in generale i criteri che guiderebbero un soggetto privato che opera a mercato (il c.d. test dell’investitore privato in economia di mercato).

La tesi della Commissione appare irrimediabilmente viziata sia da alcuni errori che questa commette nella ricostruzione dei fatti, sia dalla indebita commistione che questa opera di due livelli distinti di funzioni ed interessi che si intersecano nel caso di specie.

Sul primo punto, la Commissione menziona più volte il mandato pubblico e i paletti discendenti direttamente dalla legge che “vincolerebbero” il Fondo ad effettuare gli interventi di sostegno in favore delle consorziate in dissesto, tralasciando la circostanza che il legislatore italiano, nelle norme di riferimento (art. 96-*bis*, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 – di seguito “testo unico bancario” o “t.u.b.”), si è limitato ad attribuire al Fondo la facoltà di effettuare interventi alternativi a quelli necessari, per poi

devolvergli la scelta di decidere se attivare o meno interventi di sostegno in favore delle banche consorziate diversi dal rimborso (*an*), in quale fase intervenire (*quando*), in quale misura (*quantum*) e con quali modalità concrete (*quomodo*); ciò che il Fondo ha eseguito tramite le regole stabilite autonomamente nel proprio statuto.

Il secondo insanabile vizio, collegato all'errore precedente, è che la Commissione confonde due interessi distinti in uno, ossia la tutela dei risparmiatori, su cui vigila la Banca d'Italia e di cui il Fondo sarebbe affidatario in nome di un mandato pubblico ogniqualvolta effettuati degli interventi tramite il fondo garanzia depositi; senonché, così facendo, essa trascura la circostanza che attuando un intervento preventivo in luogo di quello obbligatorio, il Consorzio persegue in via prioritaria un interesse "privato" delle banche consorziate (la tutela delle consorziate tramite un risanamento della banca consorziata in dissesto che comporti i minori oneri possibili per i consorziati), il quale coincide solo mediamente con la finalità di tutela dei depositanti (se l'intervento di sostegno consente il risanamento della banca, intuitivamente anche i depositi saranno preservati).

Il terzo grande vizio è che nell'escludere il superamento del criterio dell'investitore privato, la Commissione applica il test elaborato in occasione delle più recenti ristrutturazioni bancarie (il c.d. *burden sharing*, il quale comporta che le perdite vanno sopportate sempre in via prioritaria da azionisti e creditori subordinati della banca in dissesto), dimenticando che quel *test* non è affatto idoneo a valutare la razionalità della condotta di un soggetto privato perché mira a tutelare primariamente gli interessi della collettività (tutti i contribuenti) e non certo gli interessi particolari di chi è direttamente esposto rispetto alla banca in dissesto (com'è appunto il caso del FITD che cerca di minimizzare i costi per i consorziati del salvataggio della banca in dissesto).

Gli argomenti qui sopra sommariamente descritti saranno sviluppati più diffusamente nel prosieguo.

## **1. Quanto alla pretesa obbligatorietà degli interventi di sostegno del Fondo in favore di banche in crisi**

Nella decisione di avvio, dopo aver ricordato che i fondi garanzia depositi sono alimentati da contributi obbligatori a carico delle banche consorziate— e come tali da considerare risorse di "Stato" alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia — la Commissione fa innanzitutto discendere la natura "pubblica" dell'intervento del Fondo oggetto di indagine dalla matrice "normativa" dei poteri di intervento di cui il Fondo è titolare in relazione alle banche consorziate che versano in stato di dissesto finanziario.

In proposito, la decisione di avvio fa riferimento alla circostanza che il Fondo agirebbe in virtù di un “mandato pubblico” conferitogli dal legislatore e sotto il controllo dello Stato (parr. 44 e 49 a 54 della decisione), posto che:

- la direttiva n. 2014/49/EU ( direttiva “SGD”) prevede la possibilità per gli Stati membri di conferire a fondi garanzia depositi il potere di assumere misure di sostegno alle banche in difficoltà alternative al rimborso dei depositanti;
- con l’art. 96-*bis*, t.u.b., il legislatore avrebbe effettivamente conferito al Fondo il potere di assumere misure di sostegno alle banche in difficoltà alternative al rimborso dei depositanti;
- per effetto di tale investitura legislativa, il Fondo risulterebbe pertanto affidatario di una potestà pubblicistica a tutela dell’interesse generale, senza che residui alcun margine di autonomia nelle scelte che questo può compiere allorché deve intervenire a sostegno di banche in difficoltà.

Con la conseguenza che in tali circostanze l’intervento del Fondo, parrebbe di capire, acquisterebbe quasi carattere obbligatorio, e diverrebbe per così dire un atto dovuto in virtù dei paletti posti dalla legge, senza alcun margine di discrezionalità. E da ciò, a cascata, discenderebbe la pretesa riconducibilità delle decisioni del Fondo allo Stato, senza neanche dover scomodare la verifica sull’ascrivibilità della decisione del Fondo allo Stato italiano in quanto condizione automaticamente soddisfatta in siffatte circostanze.

A sostegno della sua tesi, la Commissione invoca in particolare la giurisprudenza *Austrian green electricity*<sup>1</sup>, dove il Tribunale UE si era pronunciato favorevolmente sulla natura di aiuto di Stato di un regime di parziale esenzione accordato dalla legge austriaca alle imprese energivore in relazione al pagamento di un sovrapprezzo applicato all’energia rinnovabile e destinato a finanziare le fonti rinnovabili, gestito tramite un ente privatistico preposto a tale funzione. Nella specie, in sede di verifica dell’origine statale delle risorse e dell’imputabilità della misura allo Stato ai fini dell’accertamento della natura di aiuto, il tribunale avrebbe avallato una scorciatoia argomentativa secondo cui, se il vantaggio conferito a certe imprese promana direttamente dal dettato normativo – come nella specie la parziale esenzione dal pagamento del sovrapprezzo sull’energia verde accordato alle imprese energivore– l’analisi sull’imputabilità diventa un po’ superflua, in particolare quanto alla questione dell’intensità del controllo e dell’influenza che le pubbliche autorità esercitano sull’ente privatistico preposto alla gestione di tali contributi. In particolare, il tribunale chiarisce che “ (NB versione italiana e inglese non ancora disponibili)

“ (...) *En l’espèce, force est de constater que le mécanisme d’aide à l’énergie verte, ainsi que celui de l’exemption en faveur des entreprises à forte intensité énergétique, a été institué par la loi, en l’occurrence l’ÖSG modifié, et doit donc être considéré comme imputable à l’État. Dans de telles circonstances,*

---

<sup>1</sup> Causa T-251/11, *Austria c. Commissione*.

*contrairement à ce que soutient la République d'Autriche, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse plus avancée de l'intégration éventuelle de l'ÖMAG dans les structures de l'administration publique, de la nature de ses activités et de l'exercice de celles-ci sur le marché, du statut juridique de l'organisme ou de l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur sa gestion”.*

Su tali presupposti, la Commissione conclude osservando che nel caso in oggetto ricorrerebbero le circostanze identificate dalla giurisprudenza comunitaria, giacché:

- con l'art. 96-*bis*, t.u.b., le autorità italiane avrebbero conferito al FITD, in qualità di SGD, il potere di intervenire a sostegno di una banca in difficoltà; e quindi il FITD dovrebbe muoversi nell'ambito e nei limiti di quel mandato pubblico;
- tali interventi di sostegno alle banche rispondono all'interesse generale definito dalla legge di proteggere i depositanti, sebbene tramite strumenti alternativi a quelli obbligatoriamente previsti dalla normativa europea recepita consistenti nel rimborso dei depositanti in caso di fallimento.

\*\*\*

Tale ricostruzione, appare errata in primo luogo in punto di fatto, come già si evince da una lettura testuale delle fonti normative rilevanti.

In proposito – premesso che in realtà l'intervento a favore di Tercas ha luogo nell'ambito di un diverso quadro normativo, quello stabilito dalla precedente Direttiva SGD (94/19/CE) e che detta direttiva nulla dice in merito agli interventi diversi dal rimborso - va ricordato che con l'art. 96-*bis*, t.u.b., il legislatore italiano si è limitato ad attribuire al FITD la facoltà e non l'obbligo di utilizzare i fondi di garanzia depositi per interventi di sostegno alle banche in difficoltà – alternativi al rimborso dei depositanti - senza però prevedere alcuna obbligatorietà quanto a tale intervento, né preoccupandosi di disciplinare i criteri e le modalità di intervento. E ciò si evince da una lettura testuale della norma, la quale recita testualmente “I sistemi di garanzia effettuano i rimborsi nei casi di liquidazione coatta amministrativa delle banche autorizzate in Italia. (...) I sistemi di garanzia possono prevedere ulteriori casi e forme di intervento”.

Nell'esercizio di tale facoltà, è stato poi il Fondo – e non il legislatore –nell'ambito della propria autonomia privata, a disciplinare dettagliatamente nel proprio statuto le modalità di intervento, prevedendo due possibilità:

- i) dei veri e propri interventi alternativi agli interventi obbligatori del rimborso diretto (v. art. 28, statuto FITD);
- ii) degli interventi preventivi (che sono quelli rilevanti nel caso di Tercas), ossia svincolati dalla formale apertura di una procedura di liquidazione coatta amministrativa e principalmente finalizzati alla prevenzione di crisi irreversibili

(art. 29, statuto FITD).

Il primo gruppo di interventi ricomprende operazioni di cessioni di attività e passività, di azienda, di rami d'azienda, o anche di rapporti giuridici individuabili in blocco, ed è subordinato al verificarsi di due condizioni: la sottoposizione della banca alla liquidazione coatta amministrativa e la sussistenza di un minor onere rispetto a quello derivante dal rimborso dei depositi.

Fanno parte del secondo gruppo gli interventi di sostegno alle consorziate in difficoltà, attuabili attraverso la concessione di finanziamenti e garanzie, l'assunzione di partecipazioni e ogni altra forma di intervento ritenuta idonea, laddove ricorrano le seguenti condizioni: la banca sia sottoposta ad amministrazione straordinaria; sussistano prospettive di risanamento; si presuma un minor onere rispetto a un potenziale intervento in liquidazione coatta amministrativa.

Alla luce di quanto sopra, è evidente che il legislatore non solo ha lasciato al Fondo la libertà di decidere se, e a quali condizioni, attivare o meno interventi di sostegno in favore delle banche consorziate diversi dal rimborso (*an*)- ma ha devoluto al medesimo Fondo la scelta di decidere in quale fase intervenire (*quando*), in quale misura (*quantum*) e con quali modalità concrete (*quomodo*).

E a ben vedere, il passo indietro dello Stato nei confronti degli interventi alternativi si spiega anche con le finalità diverse che tali misure perseguono rispetto agli interventi obbligatori, ove si consideri che questi ultimi si prefiggono esclusivamente la tutela dei risparmiatori tramite il mero rimborso dei depositi, mentre i primi, e fra questi soprattutto gli interventi preventivi, mirano a tutelare direttamente le banche consorziate del Fondo attraverso misure di sostegno che consentano il risanamento ed evitino un impegno più oneroso per il Fondo, proteggendo mediamente anche i depositanti. La prospettiva è pertanto non coincidente con quella degli interventi obbligatori che operano esclusivamente a tutela dei risparmiatori quando la sorte della banca in difficoltà è ormai irrimediabilmente compromessa ed è perciò destinata alla liquidazione.

Se pertanto è vero che, in relazione agli interventi obbligatori (il rimborso dei depositanti), il Fondo agisce in puntuale attuazione di una missione pubblica a tutela di un interesse generale (la tutela dei risparmiatori) e rispettando dei paletti stringenti normativamente prescritti (i beneficiari ammissibili, il *quantum*, la tempistica, le modalità di rimborso, la procedura ecc.), gli stessi paletti normativi non si rinvergono affatto in relazione agli interventi di sostegno alternativi preventivi – che rilevano nel caso in oggetto - per i quali il Fondo gode di piena autonomia per decidere se azionarli, quando, come e in quale misura; né coincidono pienamente gli interessi oggetto di tutela, perché nel caso degli interventi obbligatori l'unica finalità è quella di salvaguardare i risparmiatori, mentre gli

interventi preventivi mirano a risanare la banca consorziata in dissesto, evitando gli oneri maggiori derivanti dal rimborso dei depositanti.

Alla luce di quanto detto, al di là della possibilità di identificare in tutti gli interventi – siano essi obbligatori o alternativi - del Fondo un generico denominatore comune che consiste nella funzione di tutela dei depositanti, è chiaro che gli interventi preventivi di sostegno assunti dal Fondo in favore di banche in difficoltà, contrariamente a quanto sostiene la Commissione:

- non avvengono in ottemperanza di alcuna prescrizione normativa;
- non si pongono in un rapporto di diretta fungibilità con quelli obbligatori previsti dal testo unico bancario;
- mirano a perseguire in via diretta una finalità diversa o comunque ulteriore rispetto alla tutela dei depositanti, quale appunto il risanamento della banca in difficoltà.

Posto quindi che, alla luce di quanto sopra detto, la tesi accusatoria dell'obbligatorietà degli interventi del Fondo in nome della legge appare priva di ogni fondamento, anche il richiamo della Commissione alla giurisprudenza *Austrian green electricity* e al test tronco di verifica dell'imputabilità ivi elaborato dal tribunale appare del tutto fuori luogo. Nella sentenza citata si dibatteva difatti di un regime di esenzione dal pagamento di un contributo parafiscale deciso dalla legge in favore di determinate imprese, su cui l'organo di gestione di tali contributi non aveva alcun margine di operatività. Se pertanto, la presunzione della natura pubblica della misura appare pacifica e giustifica la presunzione di imputabilità della misura allo Stato (una norma che stabilisce un'esenzione fiscale ha natura pubblica per definizione), la situazione sopra descritta non è comparabile al caso di specie, dove le norme rilevanti non creano affatto questo automatismo che la Commissione pretende di ravvisare.

*Quanto agli spunti interpretativi discendenti dalle fonti europee di riferimento*

La tesi propugnata dalla Commissione dell'assenza di autonomia del Fondo, o per meglio dire, della necessità degli interventi del fondo in esecuzione di un preciso dettato normativo porta con sé l'ulteriore perversa conseguenza che qualsiasi intervento di sostegno realizzato da parte di un fondo di garanzia depositi a favore di banche in dissesto costituirebbe automaticamente una forma di "aiuto di Stato". La Commissione stessa lascia trapelare questa lettura estrema al par. 44 della decisione di avvio, dove osserva che "(...) è molto probabile che i fondi di garanzia depositi concedano degli aiuti di stato allorquando intervengono con misure di sostegno a favore di banche in crisi, posto che operano nell'ambito di un mandato pubblico e tendono ad operare sotto il controllo delle pubbliche autorità".

Senonché questa lettura, oltreché erronea in punto di fatto con riferimento al caso in

oggetto alla luce di quanto poc'anzi evidenziato, si pone anche in palese conflitto con gli spunti interpretativi che si rinvergono nelle fonti europee di riferimento, da un lato la direttiva SGD, e dall'altro la disciplina sugli aiuti di Stato applicabili alle ristrutturazioni bancarie, da cui si ricava invece che è ben possibile che gli interventi di sostegno assunti da un fondo di garanzia non costituiscano degli aiuti di Stato.

In proposito, va osservato in primo luogo che la direttiva SGD, nel menzionare la possibilità di interventi di sostegno alternativi a cura dei fondi di garanzia depositi, contiene solo nel preambolo un generico riferimento alla circostanza che *“Un SGD, ove consentito dal diritto nazionale, dovrebbe poter anche andare oltre la mera funzione di rimborso e utilizzare i mezzi finanziari disponibili per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e altri effetti negativi. Tali misure dovrebbero tuttavia essere realizzate nell'ambito di un quadro chiaramente definito e dovrebbero in ogni caso rispettare le norme sugli aiuti di Stato”*.

Tale generica petizione di principio non è poi concretamente declinata in una norma cogente, che avrebbe ben potuto, *rectius*, dovuto trovare la propria collocazione nelle disposizioni della direttiva SGD, ove il sillogismo qui sposato dalla Commissione fosse stato condiviso dal legislatore europeo.

Per contro l'articolo 11 della direttiva SGD che prevede la facoltà per gli stati membri di introdurre degli interventi di sostegno alternativi al rimborso dei depositi, menziona tutta una serie di condizioni da rispettare, ma tace su un eventuale obbligo di notifica alla Commissione europea di tali meccanismi ai sensi della disciplina europea sugli aiuti di Stato<sup>2</sup>. Il silenzio della norma porta dunque a ritenere che il citato “considerando” rappresenti un mero – e tutto sommato superfluo – richiamo alle regole generali in materia di aiuti, in base alle quali la Commissione deve valutare la qualificazione di aiuto di un intervento di sostegno caso per caso, senza ricorrere a presunzioni non supportate dal dato legislativo. In altri termini, esso non può fondare un obbligo generalizzato di notifica preventiva di qualsiasi intervento dei fondi di garanzia, al di fuori dei presupposti previsti dal Trattato.

---

<sup>2</sup> L'art. 11. 3 della direttiva 2014/49, recita *“Gli Stati membri possono autorizzare un SGD a utilizzare i mezzi finanziari disponibili per misure alternative volte a evitare il fallimento di un ente creditizio, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:*

- a) l'autorità di risoluzione non ha adottato alcuna azione di risoluzione ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/59/UE;*
- b) gli SGD sono dotati di sistemi e procedure appropriati per la scelta e l'esecuzione delle misure alternative nonché il monitoraggio dei rischi affiliati;*
- c) i costi delle misure non superano i costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale degli SGD;*
- d) l'utilizzo di misure alternative da parte dell'SGD è subordinato a obblighi a carico dell'ente creditizio che ha bisogno del sostegno, che comprendono almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e ampi diritti di controllo da parte dell'SGD;*
- e) l'utilizzo di misure alternative da parte dell'SGD è subordinato a impegni da parte dell'ente creditizio che ha bisogno del sostegno nel senso di assicurare l'accesso ai depositi coperti;*
- f) l'autorità competente conferma nella sua valutazione la capacità dell'ente creditizio affiliato di pagare i contributi straordinari ai sensi del paragrafo 5 del presente articolo”*.



Analogamente, la Comunicazione della Commissione in materia di aiuti di Stato alle banche (*“Banking Communication”*), al punto 63 dispone *“Gli interventi dei fondi di garanzia dei depositi per rimborsare i titolari dei conti in conformità con gli obblighi degli Stati membri a norma della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi non costituiscono aiuti di Stato. Il ricorso a tali fondi o a fondi simili per favorire la ristrutturazione degli enti creditizi può tuttavia costituire aiuto di Stato. Anche se i fondi in questione potrebbero provenire dal settore privato, essi possono costituire aiuti nella misura in cui sono soggetti al controllo dello Stato e la decisione relativa all'utilizzo dei fondi è imputabile allo Stato”*. Solo gli interventi che soddisfano tali requisiti sono soggetti al vaglio di compatibilità della Commissione. Il citato punto 63 si conclude infatti con la statuizione che *“La Commissione valuterà la compatibilità degli aiuti di Stato concessi sotto forma di interventi di questo tipo alla luce della presente comunicazione”*.

In altre parole, anche la Comunicazione in oggetto riconosce inequivocabilmente che interventi di sostegno a banche in dissesto effettuati da fondi di garanzia depositi possono costituire aiuto solo laddove si dimostri che i fondi utilizzati siano sotto il controllo dello Stato e che la decisione relativa all'utilizzo dei fondi è imputabile allo Stato.

Da ciò discende che la lettura propugnata dalla Commissione nel caso in oggetto, che si basa su una sorta di presunzione dell'esistenza di un aiuto di Stato in presenza di qualsiasi intervento dei SGD, non trova alcun appiglio nei dati normativi ed anzi è smentita dalle fonti, che richiedono al contrario, un verifica puntuale, caso per caso, proprio dell'imputabilità delle decisioni dei fondi di garanzia depositi allo Stato. E soltanto per il caso che tale verifica abbia esito positivo occorre la previa notifica alla Commissione, al fine di consentire il vaglio di compatibilità dell'aiuto con il mercato interno.

## **2.     Sull'imputabilità dell'intervento del Fondo allo Stato italiano**

Chiarito dunque, alla luce di quanto sopra osservato, che la tesi dell'ineluttabilità – per così dire - dell'aiuto in forza del sillogismo prospettato dalla Commissione è priva di fondamento nella specie e che non si può prescindere da un'analisi puntuale dell'imputabilità della misura in oggetto allo Stato, la verifica effettuata nel caso di specie dalla Commissione sulla sussistenza di quest'ultimo requisito assume rilievo dirimente.

Al riguardo, appare opportuno passare sinteticamente in rassegna gli indici su cui la Commissione si è basata nel provvedimento di avvio per concludere che la decisione del Fondo di intervenire in favore di Banca Tercas fosse ascrivibile allo Stato. La Commissione osserva come –a parte il tema della missione pubblica del FITD e della matrice normativa dei poteri a questo conferiti già sopra discussa - vi sarebbero alcuni

indici da cui emergerebbe l'influenza determinante esercitata dalla Banca d'Italia nei confronti del FITD, ossia, nell'ordine:

- gli statuti del Fondo sono approvati dalla Banca d'Italia (art. 96-ter, par. 1, a, t.u.b.);
- la Banca d'Italia coordina l'attività dei sistemi di garanzia con la disciplina delle crisi bancarie e con l'attività di vigilanza (art. 96-ter, par. 1, b), t.u.b.);
- la Banca d'Italia autorizza gli interventi dei sistemi di garanzia (art. 96-ter, par. 1, d), t.u.b.), autorizzazione che si applica quindi sia in ipotesi di interventi obbligatori nel quadro di liquidazioni, sia in ipotesi di interventi alternativi e preventivi – come quello in oggetto;

Inoltre, Banca d'Italia sarebbe stata costantemente coinvolta in qualità di organo di vigilanza nelle varie fasi di concezione, approvazione e implementazione degli interventi, e ciò sarebbe provato da:

- il fatto che solo le banche in amministrazione straordinaria possono beneficiare degli interventi di sostegno e che in tali procedure interverrebbe un commissario straordinario nominato da Banca d'Italia;
- Banca d'Italia ha effettivamente autorizzato l'intervento avuto riguardo alla finalità di protezione dei depositanti e alla stabilità del sistema finanziario come si evincerebbe dalla decisione di autorizzazione;
- Banca d'Italia coordinerebbe le attività del FITD;
- Banca d'Italia partecipa in qualità di osservatore alle riunioni del Consiglio e del comitato di gestione del FITD;
- infine, emergerebbe dagli atti istruttori (verbali degli organi direttivi del FITD) che anche nel concreto Banca d'Italia avrebbe influenzato o diretto le decisioni del FITD, intervenendo in qualità di manovratore del processo di salvataggio di Tercas.

\*\*\*

Come è noto, con la giurisprudenza *Stardust*<sup>3</sup> la Corte ha chiarito che, anche qualora lo Stato controlli un'impresa pubblica ed eserciti un'influenza dominante sulle sue operazioni, non può automaticamente presumersi l'effettiva sussistenza del requisito dell'origine pubblica delle risorse. Va invece altresì provato in concreto che le autorità pubbliche siano state coinvolte in qualche misura nella loro adozione, sulla base di una serie di indizi risultanti *in primis* dalle circostanze del caso di specie e dal contesto in cui le misure sono state adottate.

---

<sup>3</sup> Causa C-482/99, *Francia c. Commissione*.

A tal fine, la Commissione può prendere in considerazione qualsiasi indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche oppure l'improbabilità della mancanza di un coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento. Nella prassi, la Commissione ha basato l'accertamento dell'imputabilità, oltre che sull'esistenza di una relazione di controllo (di per sé non sufficiente a dimostrare l'imputabilità), su indizi idonei a dimostrare:

- gli stretti legami tra soggetti pubblici ed imprese interessate e l'influenza esercitata dai primi nella gestione delle seconde;
- l'influenza esercitata in concreto dai soggetti pubblici sulla singola misura qualificata come aiuto di Stato.

Occorre precisare inoltre che l'analisi della Commissione deve basarsi su un quadro probatorio fatto di elementi sufficientemente chiari e concordanti, atti a dimostrare che la misura è effettivamente riconducibile all'iniziativa di un soggetto pubblico, e tenendo conto anche degli eventuali elementi a discarico.

Da quanto sopra detto, emerge dunque che ai fini della dimostrazione dell'imputabilità di una decisione allo Stato, occorre considerare una serie di indici, sia a carico che a discarico, di cui però i due più importanti sono:

- l'esistenza sotto il profilo giuridico formale, di regole di *governance* da cui emerge chiaramente la possibilità per lo Stato – o un ente ad esso riconducibile – di esercitare un'influenza determinante nei confronti del soggetto decisore;
- l'esercizio in concreto di tali poteri, vale a dire la verifica in concreto sulla base degli atti istruttori nel caso di specie, che tale influenza è stata effettivamente esercitata.

#### *Quanto al funzionamento e alle regole di governance del FITD*

Riguardo al funzionamento, sotto il profilo giuridico-formale, dei processi decisionali del FITD, emerge *per tabulas* che FITD è un consorzio di natura privatistica e assume tutte le decisioni tramite i suoi organi assembleari e direttivi, in piena autonomia, senza che Banca d'Italia o altro soggetto pubblico possa intromettersi o influenzare siffatte decisioni.

Più specificamente, lo statuto del FITD prevede che tutte le principali decisioni, ivi comprese quelle relative agli interventi obbligatori e alternativi, siano assunte dal Consiglio e dal Comitato di gestione<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Artt. 14 e 17, statuto FITD.

Entrambi organi direttivi sono eletti dall'assemblea del Fondo, che è interamente composta da rappresentanti delle banche consorziate (tutte sotto il controllo privato) e delibera con la maggioranza assoluta dei voti (artt. 11-12).

Riguardo a tali meccanismi è pertanto accertato *per tabulas* che il FITD funziona ed opera esattamente come qualsiasi consorzio di diritto privato e assume le sue decisioni in autonomia, senza che Banca d'Italia possa intervenire.

Il fatto poi che la Banca d'Italia approvi lo statuto del FITD e le eventuali modifiche dello statuto e del regolamento (cfr. art. 96-ter, comma 1, lett. a), t.u.b.) non smentiscono le conclusioni di cui sopra, in quanto non incidono sul potere di autorganizzazione del Fondo, espressione di autonomia privata tra l'altro costituzionalmente garantita. Con il potere di approvazione dello statuto del Fondo e delle eventuali modifiche, difatti, la Banca d'Italia non può incidere o intromettersi nei meccanismi decisionali del Fondo ma deve limitarsi ad accertare che le norme statutarie rispettino le finalità di legge (la tutela dei depositanti) limitatamente a quelle funzioni pubbliche cui il Fondo è preposto. L'approvazione dello statuto mira in special modo a verificare che i sistemi di garanzia dei depositi non presentino caratteristiche tali da comportare una ripartizione squilibrata dei rischi di insolvenza sul sistema bancario (art. 96-ter, comma 1, lett. a), t.u.b.) ciò che potrebbe accadere, ad esempio, qualora ad un SDG potessero aderire soltanto le banche più solide.

Infine, sempre a sostegno della natura privatistica del FITD, soccorrono anche le modalità di contribuzione al Fondo, ispirate a una logica para-assicurativa. Le quote di contribuzione a carico delle singole consorziate per gli interventi e per le spese di funzionamento, nonché la quota iniziale di partecipazione al Fondo, sono difatti determinate in relazione alla rispettiva base contributiva, la quale dipende dal grado di sinistrosità di ciascuna banca consorziata<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> L'art 27 del Regolamento prevede che le quote di contribuzione a carico delle singole consorziate per gli interventi e per le spese di funzionamento, nonché la quota iniziale di partecipazione al fondo consortile, sono determinate in relazione alla rispettiva base contributiva, secondo i criteri riportati nell'Appendice. Quest'ultima classifica le banche partecipanti secondo categorie di rischio degli attivi. (artt. 1 – 4). L'art. 5 in particolare stabilisce che:

1. "Qualora l'indice sintetico medio ponderato sia:

a) maggiore di 3,5, la banca subisce un aumento delle quote di ripartizione, commisurato al valore dell'indice sintetico medio ponderato, come specificato al comma 2;

b) maggiore di 0 e inferiore o uguale a 3,5, la banca conserva immutate le quote di ripartizione;

c) uguale a 0, la banca beneficia di una diminuzione delle quote di ripartizione, commisurata al totale delle variazioni in aumento determinate in base alla lettera a), come specificato al comma 3.

2. L'aumento delle quote di ripartizione, espresso in percentuale, è pari all'indice sintetico medio ponderato, sia nel caso di contribuzione per interventi ovvero per la ripartizione dell'impegno complessivo, ai sensi dell'art. 21, comma 1 dello statuto, sia nel caso di contribuzione per le spese di funzionamento del Fondo, ai sensi dell'art. 25, comma 4, lettera b).

3. La diminuzione delle quote di ripartizione, espressa in percentuale, è pari alla proporzione fra il totale delle variazioni in aumento, determinate in base al comma 2, e il totale delle quote delle banche aventi l'indice sintetico medio ponderato uguale a 0°.

*Sui processi decisionali relativi agli interventi di sostegno*

Quanto poi più specificamente agli interventi di sostegno preventivi di cui all'art. 29 dello statuto – che qui rilevano – come detto, questi sono deliberati dagli organi direttivi del FITD, Comitato di gestione o Consiglio a seconda della modalità di intervento (Il Consiglio delibera gli interventi relativi alle assunzioni di partecipazioni e altre forme tecniche, mentre il Comitato di gestione delibera sugli interventi consistenti in finanziamenti e garanzie), senza che sia previsto alcun coinvolgimento attivo della Banca d'Italia, o di altro ente pubblico, alla formazione delle decisioni assunte dal Fondo in materia.

Nel provvedimento di avvio la Commissione cita però come indizio della compartecipazione attiva della Banca d'Italia ai processi decisionali del Fondo la circostanza che un rappresentante della Banca d'Italia parteciperebbe alle riunioni del Consiglio e del Comitato di gestione in qualità di osservatore.

Ora, è fin troppo evidente che tale elemento non sia neanche lontanamente apparentabile ai tipici strumenti di indirizzo e coordinamento cui lo Stato ricorre per influenzare i processi decisionali di imprese o enti che operano in regime di diritto privato e che svolgono funzioni di interesse generale o altrimenti operano in comparti ritenuti strategici per l'interesse del paese.

In particolare, le modalità tipiche dell'ordinamento italiano con cui lo Stato esercita tali funzioni di indirizzo sono: i) la presenza nell'organo direttivo della società di rappresentanti dello Stato che partecipano attivamente alla formazione del processo decisionale in qualità di membri a tutto tondo del Consiglio di amministrazione; ii) il coinvolgimento di rappresentanti pubblici nell'ambito di organi direttivi costituiti ad hoc per assumere esclusivamente quelle decisioni espressione delle funzioni di interesse generale; iii) la possibilità di esercitare un potere di veto su alcune decisioni di carattere straordinario assunte dagli azionisti dell'impresa in questione tese a modificare la proprietà, il controllo, la disponibilità di *asset* strategici o comunque suscettibili di portare pregiudizio all'interesse generale (il c.d. *golden power* o *golden share*).

Di tutto ciò, però, non c'è alcuna traccia nelle regole di *governance* del Fondo che disciplinano le modalità di intervento di sostegno alle banche consorziate, né tanto meno nella disciplina di settore (artt. 96 e ss., t.u.b.).

E che poi, anche in concreto, il ruolo del rappresentante della Banca d'Italia nelle riunioni degli organi direttivi del Fondo resti del tutto confinato al ruolo passivo di osservatore

riconosciutogli statutariamente, è dimostrato *per tabulas* – come si avrà modo di verificare nel prosieguo – dagli atti del fascicolo istruttorio.

### *La decisione di autorizzazione di Banca d'Italia*

Poi, il principale elemento indiziario su cui si basa la Commissione per dimostrare che le decisioni del Fondo in tema di interventi di sostegno alle banche consorziate in dissesto sarebbero etero-dirette dalla Banca d'Italia, è costituito dalla già menzionata autorizzazione ex post concessa dalla Banca d'Italia.

In proposito, va osservato che tale autorizzazione non ha attinenza alcuna con la decisione interamente ascrivibile all'ambito di autonomia del Consorzio di effettuare un intervento preventivo di sostegno, ma va semplicemente ricondotta entro gli ambiti delle funzioni di tutela della stabilità e del risparmio cui la Banca d'Italia è istituzionalmente preposta, come risulta dall'art. 96-ter, t.u.b., secondo cui la Banca d'Italia esercita i poteri contemplati dalla norma “avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario”.

Posto che, per quanto già osservato in precedenza, gli interventi preventivi di sostegno del FITD mirano a consentire il risanamento dell'istituto in dissesto e solo mediatamente a proteggere i risparmiatori, è pacifico ed intuitivo che su quest'ultimo bene oggetto di tutela la Banca d'Italia debba effettuare una verifica nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza. L'intervento del FITD consente, infatti, di realizzare anche una soluzione utile nell'interesse dei depositanti sulla quale la Banca d'Italia è tenuta a esprimersi in qualità di autorità che supervisiona e dirige l'attività di gestione delle crisi ai sensi del testo unico bancario. Non deve perciò stupire che in concreto, nell'autorizzazione in oggetto, la Banca d'Italia menzioni esplicitamente *la salvaguardia degli interessi dei depositanti*.

La Commissione sembra pertanto travisare completamente il senso dell'autorizzazione della Banca d'Italia, che da provvedimento di ratifica limitato a un controllo formale successivo di legalità di un atto di natura privata già compiuto in tutti suoi elementi, diventa invece lo strumento con cui la Banca d'Italia riuscirebbe ad influenzare il processo decisionale del FITD.

D'altronde, va ricordato che lo stesso diritto dell'Unione, e segnatamente la già citata Direttiva 2014/49/UE, prevede che lo Stato membro individui una “autorità designata”, intesa come “un'autorità pubblica che vigila” sul SGD, qualora il suo funzionamento “sia gestito da una società privata” (articolo 1, par. 1 punto 18), senza che da ciò la stessa Direttiva faccia derivare, come visto sopra, una presunzione generalizzata di imputabilità allo Stato degli interventi dei SGD.

Ma, a ben vedere, la lettura della Commissione, oltre a porsi in palese conflitto con la valenza che le norme del TUB e il nostro ordinamento amministrativo attribuiscono all'istituto dell'autorizzazione successiva, è smentita anche dai fatti. Il senso che la Commissione sembra difatti attribuire all'autorizzazione in oggetto, implicherebbe che la Banca d'Italia compia una vera e propria indagine delle scelte effettuate dal Fondo in sede di determinazione dell'intervento preventivo, sia rispetto all'*an* (intervento preventivo rispetto a quello alternativo o quello obbligatorio) che rispetto al *quantum* e al *quomodo*, entrando nel merito delle scelte gestionali del fondo. Senonché, il provvedimento autorizzativo della Banca d'Italia è assunto sulla base di una mera verifica dei canoni formali di legalità, per le finalità di vigilanza, senza che la Banca d'Italia compia un'istruttoria volta a sindacare nel merito le scelte del Fondo.

A riprova di ciò, si osservi che il provvedimento di autorizzazione adottato dalla Banca d'Italia nei confronti del FITD reca una motivazione dal contenuto molto scarso: infatti, dopo aver semplicemente descritto le caratteristiche dell'intervento, la Banca d'Italia, senza effettuare alcun sindacato di merito, si limita a rilevare che "*l'intervento del FITD favorisce la salvaguardia degli interessi dei depositanti e della clientela di Banca Tercas, nel rispetto delle previsioni che consentono, ove siano prevedibili minori oneri, modalità di tutela alternative al rimborso dei depositi protetti?*"; si tratta, con ogni evidenza, di un mero riscontro della ricorrenza delle condizioni previste dalla legge e dallo statuto per la legittimità degli interventi della specie. Risulta dunque del tutto oscuro come la Commissione giunga ad attribuire all'autorizzazione della Banca d'Italia una valenza che quell'atto non può avere, né in astratto; né tanto meno in concreto.

La necessità dell'autorizzazione (e dello stesso riconoscimento del Fondo attraverso l'approvazione dello statuto) discende anzi proprio dal fatto che gli interessi del Fondo sono autonomi e distinti rispetto a quelli pubblicistici perseguiti dalla Banca d'Italia.

#### *Sul precedente Sicilcassa*

In conclusione sul punto, va peraltro ricordato che la ricostruzione sopra prospettata è stata in passato condivisa dalla stessa Commissione, la quale, trovandosi a valutare un caso del tutto analogo a quello oggetto di indagine (caso *Sicilcassa, 1999*), ha concluso che l'intervento di sostegno prestato in quell'occasione dal Fondo all'istituto *Sicilcassa* fosse ascrivibile all'ambito di autonomia del Fondo e non costituisse aiuto di stato, malgrado l'autorizzazione ex post della Banca d'Italia. Si badi che le norme vigenti all'epoca e la situazione di fatto erano del tutto comparabili a quelle di oggi, ove si consideri che:

- in nome di un mandato pubblico normativamente riconosciuto il FITD era legittimato a effettuare interventi obbligatori e alternativi di sostegno alle banche consorziate in difficoltà;

- il FITD operava come ente privatistico sulla base di uno statuto che era del tutto analogo a quello attualmente vigente;
- le delibere del Fondo erano assunte dagli stessi organi direttivi, senza alcun particolare coinvolgimento della Banca d'Italia o di altre entità pubbliche;
- si riscontrava un livello di partecipazione delle pubbliche istanze al procedimento del tutto comparabile a quello di oggi;
- le decisioni del Fondo erano ratificate dalla Banca d'Italia tramite un provvedimento autorizzativo, con cui, come oggi, l'organo di vigilanza verificava il rispetto formale delle finalità di legge.

L'unica differenza era che all'epoca non era stata ancora adottata la nuova disciplina europea sui sistemi di garanzia depositi di cui alla direttiva 2014/49, ma trattasi di un aspetto abbastanza irrilevante considerato che anche oggi tale normativa non è ancora trasposta nell'ordinamento italiano né è scaduto il termine di recepimento. Era tuttavia già operativa la direttiva 94/19/CE, che impone l'istituzione di uno o più sistemi di garanzia dei depositi e l'obbligo per gli enti creditizi di aderirvi. Anche il principio della qualificazione di risorse private come risorse statali quando queste sono sotto il controllo dello Stato era già stato sviluppato dalla Corte di Giustizia e ben noto alla Commissione, come si evince dal paragrafo 39 della decisione *Sicilcassa*.

Il fatto che nella parte motivazionale del provvedimento di avvio la Commissione taccia completamente sul precedente in oggetto, rinunciando ad effettuare qualsiasi comparazione tra le situazioni valutate nelle due istruttorie, lascia pensare che essa ritenga il precedente superato dalla prassi comunitaria successiva. Tuttavia, il parallelo è di grande attualità in ragione delle similarità delle situazioni valutate dalla Commissione, in particolare per ciò che riguarda il processo di formazione delle decisioni del Fondo e il coinvolgimento delle istanze pubbliche in tale processo, mentre si fa fatica a capire su quali aspetti la prassi comunitaria sia divenuta più restrittiva in materia, in particolare per quanto riguarda il test sull'imputabilità. Si ritiene pertanto che il precedente *Sicilcassa*, per le fortissime analogie che presenta rispetto al caso indagato, debba essere attentamente riconsiderato ai fini di una corretta valutazione del caso di specie.

Inoltre, la circostanza che in un caso del tutto analogo e sulla base del medesimo quadro normativo nazionale ed europeo la Commissione abbia escluso la sussistenza di un aiuto di Stato, mette in luce che il comportamento dello Stato italiano è stato ispirato a canoni di assoluta correttezza e buona fede, nella convinzione, basata su un legittimo affidamento, dell'inesistenza di un obbligo di preventiva notifica nel caso di specie.

*Quanto al diverso modus operandi del FITD rispetto agli altri fondi europei di garanzia depositi*

Incidentalmente, è interessante anche segnalare che il *modus operandi* del Fondo è



sostanzialmente diverso dagli altri fondi di tutela interbancari operanti nei paesi della UE, dove a quanto consta, in relazione a tali tipi di intervento, si riscontra un coinvolgimento molto più penetrante delle pubbliche autorità.

In particolare, le regole di *governance* e le modalità di funzionamento del FITD non sono comparabili a quelle vigenti in altri fondi di garanzia depositi in cui la Commissione si è imbattuta nel quadro delle precedenti indagini in materia di aiuti di Stato menzionate nella decisione di avvio (Danimarca, Spagna, Polonia). Più specificamente, mentre alcuni dei precedenti citati dalla Commissione appaiono non pertinenti perché relativi a situazioni fattualmente molto diverse<sup>6</sup>, alcuni dei casi menzionati rilevano piuttosto per corroborare la tesi che il FITD abbia un grado di autonomia superiore a quello dei SGD di altri Stati Membri<sup>7</sup>.

Incidentalmente, è altresì opportuno osservare che nel panorama della UE<sup>8</sup>, i fondi

---

<sup>6</sup> La decisione della Commissione invoca difatti a sostegno della propria tesi accusatoria alcuni casi relativi agli interventi obbligatori dei DGS attivati nell'ambito di procedure di liquidazione di istituti di credito. Più precisamente:

- SA. N. 407/2010 – Danimarca (*Danish winding-up fund for banks*): concerne l'intervento del SGD nella procedura di liquidazione di una banca e di trasferimento dei suoi assets ad altro istituto. Tale intervento è deciso dall'autorità pubblica, che è altresì responsabile di amministrare e dividere le rispettive risorse.
- SA. 37425 (2013/N) – Polonia (*Credit Union orderly Liquidation Scheme*): concerne l'intervento del SGD nella liquidazione di una "Credit Unions": Il SGD deve compensare la differenza fra gli assets e i debiti trasferiti da un istituto in liquidazione ad un altro. Anche in tale intervento vi è un'ingerenza del potere pubblico sia sotto il profilo della procedura (amministrata dall'Autorità di Sorveglianza finanziaria) sia sotto il profilo strutturale della *governance* del SGD, di nomina pubblica ed assoggettata a regolamenti specifici.

Tali precedenti non rilevano nel caso in esame, in quanto riguardano interventi di liquidazione in cui il ruolo dell'autorità nazionale è prevalente, sia nell'adozione della decisione sia nell'applicazione pratica della stessa. In tali casi, la misura è senza dubbio imputabile allo Stato, e il coinvolgimento del DGS è secondario.

<sup>7</sup> SA. 33001(2011/N) – Danimarca (*Amendment of the Danish Winding-up scheme for credit institutions*): in questo caso l'ingerenza dei poteri pubblici nella decisione di intervento del SGD è penetrante, in quanto:

- o la valutazione di fattibilità dell'intervento è effettuata da un organo nominato dal Ministero,
- o l'organo direttivo del DGS è nominato dal Ministero.
- SA. N. 34255 (2012/N) – Spagna (*Restructuring of CAM and Banco CAM*): in questo caso, il SGD è stato utilizzato dalle autorità statali nell'ambito di una più ampia operazione di ristrutturazione e salvataggio, coinvolgendo anche il FROB (*Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria*), un fondo dedicato agli interventi di liquidazione e controllato dallo Stato. Anche in tal caso, l'imputabilità allo Stato della misura in esame si evince:
  - o la decisione di intervento del GDS è stata presa dalle autorità statali,
  - o la metà dell'organo direttivo del fondo è di nomina ministeriale.

<sup>8</sup> Qui di seguito, si citano alcuni esempi di SGD di altri Stati Membri, menzionando il grado di autonomia che questi possiedono rispetto alla sfera pubblica nell'assumere misure di intervento alternative in favore di banche in dissesto.

Francia: gli interventi di sostegno sono decisi dall'*Autorité de contrôle prudentiel et de Résolution*, autorità amministrativa indipendente di sorveglianza del settore bancario e assicurativo. Il FDG non partecipa direttamente alle decisioni, che pertanto sono imputabili allo Stato.

Germania: il sistema tedesco vede la presenza di molteplici DGS principali, alcuni di natura obbligatoria (come il *Sicherungseinrichtung des Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken - BVR*) ed altri di natura volontaria (*Deutscher Sparkassen und Giroverband Sicherungseinrichtung*). Il mandato d'azione dei fondi cambia a seconda della loro natura (più ampio quello del sistema volontario), tuttavia entrambi i DGS possono effettuare interventi di sostegno ad istituti di credito in difficoltà. Dalla struttura considerata sembra che il DGS tedesco, salvo il mandato stabilito per legge del fondo obbligatorio, abbia una struttura ed una *governance* che lo assimilano ad un soggetto privato, del medesimo *genus* del FITD italiano. Tuttavia l'assenza di decisioni da parte della Commissione impedisce di giungere ad una conclusione certa in tal senso.

garanzia depositi esistenti in alcuni stati membri (tra tutti la Germania) presentano modalità di funzionamento e processi decisionali caratterizzati da un grado di autonomia dalla sfera pubblica comparabile a quello del FTTD. Non risulta, tuttavia, che la Commissione sia intervenuta ad indagare i numerosi interventi di sostegno alternativi effettuati da tali fondi del tutto comparabili a quello oggetto di indagine, sul presupposto – se ne deve dedurre – che questi non soddisfano il test dell'imputabilità.

Si rileva, incidentalmente, che la posizione della Commissione, volta a attribuire, ben oltre il dettato normativo europeo, la qualificazione di supporto pubblico agli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi diversi dal *pay-out* dei depositanti, avrebbe l'effetto di spingere il settore bancario verso la creazione di meccanismi paralleli, totalmente volontaristici, ai quali affidare l'attuazione di tali interventi, aggravando inutilmente gli oneri per il sistema bancario e incentivando comportamenti non trasparenti.

*Quanto alla pretesa influenza decisiva esercitata in concreto dalla Banca d'Italia sul Fondo*

Venendo ora alla censura della Commissione secondo cui anche dagli atti istruttori relativi all'intervento del Fondo in favore di Tercas emergerebbe l'intromissione e il coinvolgimento attivo della Banca d'Italia nel processo decisionale del Fondo, sul punto è sufficiente rinviare agli atti del fascicolo da cui emerge la totale infondatezza delle allegazioni della Commissione.

In sintesi, la Commissione vede il primo segno del coinvolgimento della Banca d'Italia nel fatto che il commissario straordinario nominato per gestire la crisi di Tercas è un pubblico ufficiale che opera nell'interesse generale, nominato dalla Banca e posto sotto la sua vigilanza.

Il rilievo della Commissione appare del tutto inconferente, considerato che il commissario straordinario è una figura prevista dalla legge che opera in tutti casi di amministrazione straordinaria (decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270), per amministrare i beni delle imprese in crisi in vista del risanamento dell'attività economica. In particolare, il commissario straordinario è sempre di nomina pubblica (la nomina è effettuata dal Ministero delle attività produttive salvo che per il settore bancario) e si giustifica in ragione del fatto che la gestione di una grande impresa in crisi ha dei risvolti di interesse generale che riguardano la protezione di azionisti, creditori e lavoratori dell'impresa. Nel caso di specie, essendo l'impresa in crisi un istituto bancario, ragioni di natura prudenziale impongono che il commissario straordinario sia nominato da Banca d'Italia la quale, come noto, esercita l'attività di vigilanza sulle banche e sugli intermediari finanziari a tutela del

---

Olanda: il DGS olandese è sotto il controllo esclusivo della Banca centrale olandese. Vi è pertanto un'imputabilità automatica delle decisioni del DGS allo Stato.

risparmio e della stabilità del sistema bancario. La Commissione ha quindi travisato le finalità di interesse generale connesse alla figura dell'amministratore straordinario, che svolge un ruolo a tutela dell'interesse della collettività.

Inoltre, il testo unico bancario non attribuisce ai commissari nominati dalla Banca d'Italia un ruolo di *longa manus* della stessa nella gestione della banca in amministrazione straordinaria. All'opposto, l'art. 72, comma 1, t.u.b., stabilisce che “*i commissari esercitano le funzioni ed i poteri di amministrazione della banca*”; essi, cioè, subentrano in tutti i poteri di natura privatistica degli organi disciolti, ed è nell'esercizio di tali poteri che (tra l'altro) possono richiedere l'intervento del Fondo al fine di ricercare una soluzione alla crisi della banca.

Poi, soprattutto, il commissario straordinario non ha il potere di dirigere o influenzare la decisione assunta dal FITD di stanziare i fondi a favore di una banca in difficoltà. Come evidenziato dalla Commissione stessa, infatti, lo stanziamento di fondi a favore di Tercas è stato oggetto di una specifica richiesta da parte del commissario ed è stata deliberata dal comitato esecutivo del FITD. Non è pertanto corretto identificare nelle interlocuzioni intervenute tra commissario straordinario e Fondo un indizio dell'influenza della Banca d'Italia nelle decisioni del Fondo, anche perché, come detto, il commissario straordinario ha agito nella qualità di gestore e rappresentante legale della banca in amministrazione straordinaria e non, invece, per conto della Banca d'Italia

Il secondo principale indizio delle presunte indebite intromissioni della Banca d'Italia rinvenuto dalla Commissione riguarderebbe poi il ruolo di manovratore che questa avrebbe concretamente assunto durante le interlocuzioni intercorse tra banca beneficiaria dell'aiuto, banca acquirente e Fondo. A sostegno della sua tesi, la Commissione non trova null'altro di meglio che citare il passaggio di una nota del direttore generale del Fondo (nota 28/5/2014), in cui si menziona che il rappresentante della Banca d'Italia “*ha invitato il Fondo a ricercare un'intesa equilibrata con la BPB per la copertura del deficit patrimoniale (...)*”.

Al riguardo, basti dire che il passaggio in oggetto, sia per il contenuto (un invito) che per i termini in cui è formulato, appare evidentemente del tutto insufficiente per corroborare la tesi accusatoria che il Fondo sia stato etero-diretto dalla Banca d'Italia. Si tratta infatti non di un ordine ma di un auspicio, dal contenuto generico e ovvio (qualsiasi intervento deve essere “equilibrato” rispetto alle esigenze di patrimonializzazione della banca)

Poi, soprattutto, la Commissione ha ommesso di dare adeguato rilievo alla circostanza che in tutti i verbali relativi alle delibere assunte dagli organi direttivi del FITD in relazione all'intervento a favore di Tercas, non si ritrova alcuna presa di posizione della Banca d'Italia che faccia pensare a delle influenze indebite esercitate da questa nei confronti del Fondo.

Alla luce di quanto detto, le evidenze istruttorie dimostrano, sotto il profilo sostanziale, che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, anche in concreto, la Banca d'Italia non ha esercitato alcuna influenza indebita o pressione esorbitante nei confronti del Fondo.

Deve pertanto concludersi che il test elaborato dalle Corti europee in tema di imputabilità (*Stardust, Doux Elevage e seguenti*) non è soddisfatto nella specie.

### **3. Sull'assenza di prova del minor costo**

Ai fini della dimostrazione della pretesa natura selettiva o discriminatoria (requisito necessario per provare la sussistenza di aiuto di Stato) degli interventi effettuati dal Fondo in favore di *Tercas*, nella decisione di avvio la Commissione osserva che le modalità di intervento decise dal Fondo procurerebbero un vantaggio indebito a *Tercas* senza rispettare il criterio del “investitore privato in economia di mercato”.

In particolare, la Commissione dapprima osserva che il criterio non rilevarebbe nel caso in oggetto in quanto un soggetto privato non potrebbe versare nella situazione in cui versa il FITD, obbligato per legge a intervenire in favore delle banche consorziate. Poi, in subordine, la Commissione rileva che anche a voler concedere che il criterio sia applicabile, il test non sarebbe soddisfatto perché il FITD avrebbe potuto deliberare un intervento di sostegno meno oneroso per il Consorzio, in particolare facendo sopportare una parte dei costi del risanamento di *Tercas* ai creditori subordinati (stimabili a suo dire in circa EUR 169 milioni), alla stregua di quanto accadrebbe ormai sistematicamente nelle ristrutturazioni bancarie approvate dalla Commissione, alla luce della nuova Comunicazione sugli aiuti di Stato e le banche in difficoltà, incentrata intorno al principio del *burden sharing*, secondo cui le perdite devono essere sopportate *in primis* da azionisti e creditori subordinati prima che qualsiasi misura di sostegno pubblica possa essere concessa alla banca in dissesto.

*Il test del MEIP non è applicabile al caso di specie*

In replica alle allegazioni della Commissione, va in primo luogo osservato che, alla luce di quanto argomentato nei precedenti motivi, è stato dimostrato che la decisione del Fondo di effettuare un intervento di sostegno a favore di *Tercas* non è ascrivibile allo Stato e rientra nell'ambito di autonomia di un ente privatistico. Di conseguenza, il test dell'investitore privato in economia di mercato è del tutto irrilevante nella specie per escludere la sussistenza di un aiuto.

Ciò premesso, nel merito l'analisi della Commissione appare viziata sotto molteplici profili.

*Il FITD ha operato nel rispetto del principio del minor costo*

In primo luogo, come emerge dalle evidenze agli atti nel fascicolo, il Fondo ha deliberato un intervento di sostegno rispettoso del criterio del minor onere (per i consorziati), in ottemperanza al medesimo principio statutariamente sancito. In proposito, va difatti ricordato che, nel deliberare interventi alternativi o preventivi in luogo di quelli obbligatori, il Fondo è statutariamente tenuto ad assumere le decisioni che comportino il minor onere finanziario per i consorziati; si badi che, come già osservato in precedenza, il principio in oggetto è consacrato nello statuto del Fondo, e non è un criterio di legge recepito nell'ordinamento italiano, a riprova del fatto che il Fondo opera come un ente privatistico a tutela innanzitutto degli interessi dei suoi consorziati.

Che poi il Fondo si sia effettivamente preoccupato di proteggere gli interessi dei consorziati è dimostrato proprio dagli atti del fascicolo, da cui emerge che il FITD ha effettuato diligentemente tutte le verifiche del caso per determinare la soluzione meno onerosa per il Consorzio che consentisse nel contempo il risanamento di *Tercas*, richiedendo un parere a una autorevole società di consulenza indipendente (KPMG), e discutendo a lungo in seno al Consiglio e al Comitato di gestione le modalità alternative di intervento.

Tuttavia, la Commissione critica l'operato del Fondo, osservando come i presunti risparmi realizzati tramite l'intervento preventivo in luogo del rimborso diretto dei depositanti – pari solo, a suo dire, a circa EUR 3 milioni (333 milioni sarebbero i costi del rimborso dei depositi a carico del Fondo in ipotesi di liquidazione a fronte di 330 milioni stimati nel caso dell'intervento di sostegno) - non giustificassero tale scelta, sia in ragione dell'esiguità dei risparmi, che per il fatto che lo stesso rischio di dover garantire i depositi si sarebbe riproposto per il FITD successivamente all'intervento di sostegno.

Senonché, la ricostruzione della Commissione è innanzitutto errata in punto di fatto giacché non prende a riferimento le cifre corrette dell'operazione di risanamento rispetto allo scenario alternativo della liquidazione. Nel primo caso, difatti, come si evince d'altronde dagli atti istruttori (verbale riunione comitato di gestione FITD del 30/5/2014), ai fini della comparazione va considerato un impegno di 295 milioni contro una stima di 333 milioni dello scenario della liquidazione, in quanto “il raffronto tra l'intervento di risanamento e quello nello scenario liquidatorio va effettuato al netto della posizione Samorì, il cui rischio non è stato valorizzato nella stima del costo della liquidazione”. Di conseguenza, la garanzia prestata dal Fondo del valore di 35 milioni non va conteggiata nello scenario del risanamento (così come l'eventuale insolvenza del gruppo Samorì non è stata considerata nello scenario liquidatorio), il che fa emergere dunque un risparmio

tangibile di quasi 40 milioni – e non di tre come la Commissione sostiene - realizzato rispetto allo scenario alternativo della liquidazione.

Inoltre, va osservato che anche la garanzia di 30 milioni relativa all'esenzione fiscale nello scenario del risanamento non comporta un effettivo esborso di capitali per il Fondo, il che si traduce in un risparmio immediato complessivo di 68 milioni rispetto allo scenario liquidatorio.

Poi, soprattutto, la Commissione omette tutta una serie di fattori ulteriori valutati dal Fondo nella propria istruttoria e suscettibili di rendere l'opzione dell'intervento preventivo di sostegno finanziariamente meno onerosa del rimborso dei depositi, ossia:

- Come emerge chiaramente dagli atti del fascicolo (si veda relazione KPMG e relazione Fondo del 28/5/2014), l'ipotesi di liquidazione avrebbe comportato un esborso immediato e certo per il Consorzio di ben 1881 milioni destinati al rimborso dei depositi (di Tercas e della controllata Caripe), a fronte poi di una cifra stimata di circa 1500 milioni che il FITD avrebbe dovuto recuperare in qualità di creditore ad esito della procedura di liquidazione dei cespiti della Banca; sicché è intuitivo che la prospettiva certa di un ingentissimo esborso da ridurre poi tramite una procedura liquidatoria dagli esiti incerti, tanto più in un periodo di crisi, risultasse meno attrattiva dell'ipotesi dell'intervento di sostegno, comprendente un esborso finanziario per i consorziati di FITD di gran lunga inferiore; di ciò si trova evidenza sia nella sezione conclusiva della relazione di KPMG che, nell'effettuare la comparazione tra gli scenari, non manca di rimarcare “ (...) il *profilo temporale dell'esborso immediato per le banche consorziate (pari a 1.881 milioni di euro) (...)*”; che nei verbali della riunione del Comitato di gestione del FITD, dove i consiglieri evidenziano “ *il rischio di un esborso immediato di 1.881 legato all'ipotesi di L.C.A.*”;
- la soluzione del rimborso dei depositi e della liquidazione, che avrebbe avuto luogo in mancanza dell'intervento preventivo del FITD, come si avrà modo di spiegare più diffusamente nel prosieguo, sarebbe stata comunque una soluzione traumatica tale da causare sia probabili perdite di valore degli attivi oggetto di liquidazione – direttamente pregiudizievole al FITD in quanto destinato a recuperare i propri crediti su tali cespiti-, sia più in generale costi ed esternalità negative per tutto il sistema bancario, di cui le banche consorziate del FITD, in qualità di principali *stakeholders* di tale sistema, avrebbero dovuto sopportarne il peso in prima linea; di tali considerazioni, di nuovo si trova evidenza nei verbali delle riunioni del Consiglio del FITD del 30 maggio 2014, dove il Presidente osserva che nell'ipotesi di liquidazione “ (...) *si determina una disgregazione del complesso aziendale e quindi la dispersione di qualsiasi valore di avviamento*”; si consideri, al riguardo, che in caso di liquidazione sarebbero rimasti esclusi dal rimborso circa € 1.904 milioni di raccolta non coperta dalla garanzia di legge (per Tercas e la controllata Caripe); il Fondo,

con il proprio intervento, oltre a realizzare i risparmi diretti sopra richiamati, ha quindi evitato alle proprie consorziate gli elevati rischi di contagio e reputazionali connessi all'eventualità di una liquidazione atomistica.

Alla luce di quanto sopra, si deve pertanto senz'altro concludere che il Fondo si è preoccupato di trovare la soluzione meno costosa per i consorziati in ossequio alla sua natura di ente privatistico che opera nell'interesse dei consorziati, ed ha senz'altro rispettato il principio del minor costo, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione.

*L'intervento del FITD supera anche il test del MEIP*

Ma vi è di più. Ugualmente infondata appare infatti la censura della Commissione che l'operato del Fondo non supererebbe comunque il test dell'investitore privato in economia di mercato, avendo il FITD rinunciato a far sopportare parte dei costi della ristrutturazione di Tercas ai creditori subordinati della Banca, come invece prescrive la *Banking Communication*.

In proposito, va chiarito che il Consorzio, in quanto ente privatistico che opera nell'interesse dei suoi consorziati, non poteva imporre o applicare la soluzione per la ristrutturazione delle banche in dissesto indicata dalla Commissione. Il Consorzio non avrebbe, in primo luogo, potuto disporre, o imporre alla banca di disporre, il *burden sharing* a carico dei creditori subordinati, oltre quanto previsto nei regolamenti contrattuali dei singoli prestiti. Infatti, la disciplina contrattuale degli strumenti ibridi di capitale e delle passività subordinate non prevede forme di *write-off* o conversione in azioni se non per effetto della messa in liquidazione della banca; ciò rendeva impossibile, sulla base del quadro normativo e contrattuale vigente, il raggiungimento degli obiettivi del *burden sharing*, e cioè il risanamento dell'ente attraverso il sacrificio dei creditori subordinati.

Inoltre, nel caso in esame, tale soluzione non avrebbe consentito affatto di ridurre i costi delle banche consorziate.

A ben vedere, difatti, la formula del cd. *burden sharing* propugnata dalla Commissione nella citata Comunicazione si propone di minimizzare i costi del salvataggio delle banche a carico della collettività, stabilendo che tali oneri devono essere sopportati in primo luogo dagli azionisti e i creditori non garantiti dell'istituto in difficoltà, piuttosto che dall'insieme dei contribuenti (il c.d. *bail-out*).

Ma seguendo questa prospettiva, la Commissione commette un evidente errore di impostazione perché assume che un risanamento bancario eseguito ponendo tutti i costi a carico degli azionisti e dei creditori subordinati per ridurre proporzionalmente i costi della

collettività, conduca anche alla minimizzazione dei costi a carico del Consorzio, il che non è assolutamente scontato.

In proposito, basti osservare che, come emerge dal fascicolo istruttorio, l'ipotesi che i creditori subordinati fossero chiamati a sostenere parte delle perdite in caso di liquidazione coatta amministrativa della banca è stata ampiamente dibattuta e poi scartata dal Fondo, perché ritenuta suscettibile di creare esternalità negative e costi per FITD e i suoi membri ben più rilevanti. In proposito, si fa riferimento alle circostanze che:

- in caso di liquidazione della Tercas (e della Caripe) con sacrificio per i creditori subordinati sussisteva un rischio concreto di azioni di carattere risarcitorio da parte di tali soggetti che avrebbero potuto compromettere le possibilità di recupero per il FITD del proprio credito sugli attivi oggetto di liquidazione;
- i creditori subordinati titolari di obbligazioni non garantite erano costituiti nella stragrande maggioranza da risparmiatori persone fisiche depositanti della medesima banca Tercas (al termine della procedura straordinaria – 30 settembre 2014 – la Tercas aveva in circolazione circa EUR 88 milioni di titoli subordinati in gran parte in mano a clientela *retail*).

Di tutto ciò si trova di nuovo evidenza nei verbali delle riunioni del Consiglio e Comitato di gestione del FITD, i cui membri, pronunciandosi a favore del risanamento non mancano di osservare che “ (...) *il pregio della soluzione proposta evita anche il rischio di possibili azioni legali connesse alle perdite in capo ai titolari di prestiti subordinati in caso di l.ca. (...)*”; e “ (...) *come con questa soluzione si eviti il problema reputazionale del sistema bancario in merito al mancato rimborso dei prestiti subordinati in caso di L.C.A (...)*”.

Alla luce di quanto osservato, la decisione del FITD di non coinvolgere nel piano di risanamento i titolari di obbligazioni non garantite risulta l'unica conforme alla legge, oltre che del tutto razionale e rispondente al principio dell'investitore privato in economia di mercato, perché mirava ad evitare che il processo di risanamento naufragasse, creando delle ulteriori e ben più consistenti *liabilities* a carico del FITD e delle banche consorziate.