

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Il *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale (Diritto UE)

**Sommario:** I. PRIVATE ENFORCEMENT E RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE. – II. L'EFFICACIA DIRETTA DELL'ART. 108 § 3. – III. LE CONSEGUENZE DELL'ILLEGALITÀ DELL'AUTO. – IV. IL RECUPERO DEGLI AIUTI ILLEGALI. – 1. Le circostanze eccezionali che ostano al recupero dell'aiuto dinanzi al giudice nazionale. – 2. Il recupero degli aiuti illegali ma compatibili. – 3. I poteri del giudice nazionale in assenza di una decisione di compatibilità o nelle more della sua adozione. – V. LE MISURE PROVVISORIE. – VI. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE PER IL RIMBORSO DEGLI ONERI FISCALI VERSATI IN ESECUZIONE DI AIUTI ILLEGALI. – VII. IL RISARCIMENTO DEL DANNO. RINVIO. – VIII. TUTELA DINANZI AL GIUDICE NAZIONALE E AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI.

### I. PRIVATE ENFORCEMENT E RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE

La violazione, da parte dello Stato membro, del duplice obbligo – disposto dall'art. 108 § 3 TFUE – di notifica di ogni nuova misura di aiuto alla Commissione, e di sospensione dell'erogazione dell'aiuto in attesa dell'autorizzazione da parte della stessa istituzione (c.d. clausola di “*standstill*”) può essere invocata in giudizio dai soggetti privati che ne subiscono gli effetti pregiudizievoli. Con l'accezione *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE ci si riferisce infatti alla possibilità per i singoli di avvalersi dinanzi al giudice nazionale dei rimedi processuali più utili ai fini della cessazione di tale violazione, del ripristino dello *status* concorrenziale *quo ante* o della riparazione dei danni subiti. Alla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE il giudice è tenuto a porre rimedio in ragione del fatto che la prematura erogazione di un aiuto è idonea già di per sé ad alterare le condizioni concorrenziali del mercato e dunque suscettibile di ledere la posizione giuridica soggettiva del concorrente. L'intervento del giudice nazionale trova ancor di più la sua *ratio* nel fatto

che la Commissione è, in caso di mera violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, priva di analogo potere e dunque il giudice è l'unico organo in grado di intervenire prontamente per elidere gli effetti nocivi dell'erogazione dell'aiuto.

L'autonomia della sua funzione è poi principalmente testimoniata dal fatto che egli non è tenuto a sospendere il giudizio nazionale in pendenza del procedimento avviato dinanzi alla Commissione. Innanzitutto, perché il rischio di un'interferenza tra i due giudizi sarebbe minimo ed essenzialmente circoscritto ad una diversa valutazione della misura quale aiuto di Stato. E, poi, perché un eventuale differimento del suo giudizio vanificherebbe a) l'unicità del suo ruolo in quanto unico soggetto deputato a rilevare la mera illegalità dell'aiuto e a trarne le dovute conseguenze, e b) la necessità che egli adotti rapidamente dei provvedimenti.

Considerato che la Commissione non gode di poteri sanzionatori e coercitivi nei confronti degli Stati membri, l'*enforcement* da parte dei privati dell'art. 108 § 3 TFUE può rappresentare un utile strumento per indurre gli Stati ad adempiere agli obblighi del Trattato e dissuaderli dalla concessione di aiuti illegali. Dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea, l'intervento del giudice nazionale non è dunque limitato ad offrire una tutela alle parti private, a *latere* del controllo operato dalla Commissione, ma è certamente funzionale all'effettività dell'intero sistema di controllo sugli aiuti di Stato.

Il rafforzamento del ruolo del giudice nazionale, in tale contesto, è l'obiettivo della Comunicazione del 2009 relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali<sup>1</sup>, adottata nel quadro dello State Aid Action Plan<sup>2</sup>. La Comunicazione ha lo scopo di

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U. n. C-85 del 9 aprile 2009, p. 1.

<sup>2</sup> *State Aid Action Plan, Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009*, Bruxelles, 7 giugno 2005, COM(2005)107 final.

informare i giudici nazionali e i terzi interessati circa i rimedi azionabili in sede nazionale (in particolare le azioni volte al recupero dell'aiuto e le azioni di risarcimento danni), a tutela delle loro posizioni giuridiche pregiudicate dalla violazione delle norme sugli aiuti di Stato, e, in particolare dell'art. 108 § 3 TFUE

## II. L'EFFICACIA DIRETTA DELL'ART. 108 § 3

Il potere del giudice nazionale di offrire una tutela ai privati – in particolare i concorrenti del beneficiario – deriva dall'efficacia diretta dell'art. 108 § 3 TFUE, riconosciuta da lungo tempo dalla Corte di Giustizia<sup>3</sup>. La norma è infatti incondizionata in quanto non lascia alcun margine di discrezionalità in capo agli Stati membri e non richiede per la sua attuazione ulteriori interventi normativi o integrativi. La norma è altresì redatta in maniera sufficientemente chiara e precisa. È chiaramente desumibile, infatti, il titolare dell'obbligo (lo Stato), il titolare del diritto (il privato) e il contenuto dell'obbligo (la previa notifica alla Commissione di ogni progetto di aiuto nuovo). L'unica questione che potrebbe porsi è nel caso in cui la stessa esistenza di un aiuto di Stato sia in discussione. La norma invero limita l'obbligo di notifica alla presenza di un "aiuto" (nuovo). Ci si potrebbe dunque domandare se possa escludersi la nascita di un diritto del privato qualora la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE sia relativa ad una misura statale che al momento della sua adozione, ed in base agli orientamenti vigenti, non appaia presentare le caratteristiche di un aiuto di Stato. Tale questione potrebbe avere rilievo pratico nel caso di domanda di risarcimento dei danni rivolte dai privati nei confronti dello Stato. La giurisprudenza richiede, tra le varie condizioni, che la norma vio-

lata sia atta ad attribuire diritti ai singoli e, inoltre, che tale violazione sia grave e manifesta<sup>4</sup>.

La posizione della Commissione è, in ogni caso, molto chiara: lo Stato sarebbe tenuto a notificare la misura anche in caso di dubbio sulla sua configurabilità come aiuto statale. Del resto, se la Commissione, al fine di valutare la compatibilità di un aiuto con il mercato, è obbligata ad avviare la fase dell'indagine preliminare o la fase dell'indagine formale anche nei casi in cui la qualificazione della misura nazionale come aiuto statale sia dubbia<sup>5</sup>, il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 § 3 TUE imporrebbe allo Stato di notificare anche una misura in relazione alla quale non si sia in grado di escludere con certezza la presenza delle caratteristiche indicate nell'art. 107 § 1 TFUE. Lo Stato deve essere infatti consapevole della possibilità che ogni intervento sul mercato potrebbe, in linea teorica, falsare la concorrenza e che dunque è obbligato a domandare una preventiva autorizzazione alla Commissione.

L'art. 108 § 3 TFUE non è invece idoneo, per il suo contenuto procedurale, ad imporre direttamente in capo ai privati obblighi giuridici che possano essere fatti valere direttamente da terzi soggetti danneggiati dalla violazione dell'art. 108 § 3<sup>6</sup>. Conseguenze sfavorevoli per l'*accipiens* potranno discendere direttamente solo dal provvedimento interno di recupero dell'aiuto adottato per riparare all'illegittimità della misura interna di esecuzione dell'aiuto posta in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. L'imposizione di un "sacrificio" in capo al beneficiario, pur in assenza del riconoscimento di una posizione soggettiva di obbligo, si giustifica, in tal caso, con il fatto che la posizione di vantaggio da questi acquisita con l'erogazione dell'aiuto non è *meritevole di tutela* secondo il

<sup>3</sup> C. giust. UE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.* 1965, p. 1135; 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*, in *Racc.* 1975, p. 1471; 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike*, in *Racc.* 1998, p. I-595; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, in *Racc.* 1996, p. I-3547.

<sup>4</sup> C. giust. UE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich*, in *Racc.* 1993, p. I-5357; C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite

C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, in *Racc.* 1998, p. I-1029.

<sup>5</sup> T. UE, 15 giugno 2005, causa T-171/02, *Sardegna c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2123; C. giust. UE, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*, in *Racc.* 1992, p. I-307.

<sup>6</sup> C. giust. UE, *SFEI*, cit.

diritto dell'Unione. Essa consegue, infatti, ad una situazione di inadempimento dello Stato al precetto dell'art. 108 § 3 TFUE; la violazione di tale norma preclude la formazione di un legittimo affidamento su una situazione favorevole di diritto interno, ma contraria al diritto dell'Unione.

Le considerazioni di cui sopra, portano anche ad escludere che il terzo concorrente possa direttamente invocare la violazione dell'art. 108 § 3 nei confronti dell'*accipiens*, per ottenere la restituzione dell'aiuto. Dinanzi al giudice nazionale egli, dovrà infatti rivolgere la sua azione contro lo Stato. Sulla sola base del diritto dell'Unione europea l'impresa terza non potrà neppure rivolgersi al beneficiario per la riparazione dei danni conseguenti alla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE<sup>7</sup>.

### III. LE CONSEGUENZE DELL'ILLEGALITÀ DELLA MISURA DI AIUTO

Secondo quanto costantemente precisato dalla Corte di giustizia – nel caso *FNCE*<sup>8</sup> e successivamente nei casi *Steinike*<sup>9</sup> e *SFEI*<sup>10</sup> il giudice è tenuto a trarre tutte le conseguenze giuridiche, derivanti dalla violazione dell'obbligo di *standstill*, e dall'illegittimità delle misure nazionali di aiuto.

Salvo quanto precisato dalla Corte di giustizia dal caso *CELF*<sup>11</sup> (*infra* par. IV, 2), l'illegittimità delle misure nazionali resta ferma, ed è dunque insanabile, anche all'esito di una successiva decisione della Commissione che dichiara la misura di aiuto compatibile con il mercato interno<sup>12</sup>. La decisione "positiva", infatti, produce effetti solo *pro futuro*<sup>13</sup>.

L'illegittimità della misura produce effetti *ex tunc* con conseguente obbligo per lo Stato membro di ripristinare lo *status*

*quo ante*. La logica conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità della misura di aiuto è, infatti, la sua soppressione mediante recupero del *quantum* erogato<sup>14</sup>.

Prima ancora, qualora l'aiuto sia in corso di esecuzione, il giudice potrà disporre la sospensione della misura di erogazione dell'aiuto. Nell'ambito dei suoi poteri, il giudice nazionale, adito da un concorrente che abbia promosso un'azione di recupero dell'aiuto, può inoltre concedere misure cautelari e ordinare al beneficiare di restituire provvisoriamente l'aiuto versandolo in un conto "congelato". Infine, il giudice potrà disporre il risarcimento dei danni subiti da un concorrente in ragione dell'illegittima erogazione di un aiuto a terzi soggetti<sup>15</sup>.

Il giudice avrebbe comunque facoltà di disporre una misura diversa dal recupero, se questa sia atta a raggiungere ugualmente (o meglio) il risultato richiesto e cioè il ripristino della situazione *ex ante*<sup>16</sup>. Questi ha infatti l'obbligo di rimediare concretamente agli effetti della situazione illegittima<sup>17</sup>. Inoltre, il recupero potrebbe, non essere l'azione più idonea a soddisfare l'interesse del concorrente, o comunque sufficiente a ripristinare lo *status quo ante*, in altre situazioni come nel caso in cui gli aiuti siano stati concessi mediante misure fiscali imposte a terzi. Non è inusuale, infatti, che soggetti terzi, diretti concorrenti o meno, possano avere interesse ad invocare in giudizio l'illegittimità di un aiuto di Stato, non per ottenere (o non solo) un ordine di recupero a carico dei beneficiari ma per conseguire, viceversa, il rimborso dell'onere fiscale corrisposto in attuazione della misura di aiuto illegale<sup>18</sup>.

Tra i rimedi che il giudice può adottare non vi è, invece, quello di estendere i benefici dell'aiuto ad una più ampia cerchia

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *FNCE*, in *Racc.* 1993, p. I-5505.

<sup>9</sup> C. giust. UE, 22 marzo 1977, *Steinike*, cit.

<sup>10</sup> C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

<sup>11</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, in *Racc.* 2011, p. I-469.

<sup>12</sup> C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.

<sup>13</sup> C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster*, in *Racc.* 2005, p. I-12249; 5

ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, in *Racc.* 2007, p. I-9957.

<sup>14</sup> C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.

<sup>15</sup> C. giust. UE, *SFEI*, cit.

<sup>16</sup> C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex* non ancora pubbl. in *Racc.*

<sup>17</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.; 18 dicembre 2008, causa 199/06, *Wienstrom*, in *Racc.* 2011, p. I-10393, punto 28.

<sup>18</sup> C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest*, in *Racc.* 2007, p. I-85.

di beneficiari<sup>19</sup>, perché ciò equivarrebbe ad alterare ancor più l'assetto concorrenziale del mercato, senza invece centrare l'obiettivo del suo intervento che è quello, appunto, di ripristinare lo *status quo ante*.

#### IV. IL RECUPERO DEGLI AIUTI ILLEGALI

Il recupero costituisce la logica conseguenza dell'illegalità dell'aiuto e «poiché la restituzione mira solo al ripristino della situazione precedente legittima, essa non può, in via di principio essere considerata un sanzione»<sup>20</sup>. Qualora un concorrente del beneficiario invochi in giudizio la mera violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, il giudice è necessariamente indotto a compiere una serie di valutazioni preliminari, tra cui la qualifica della misura come aiuto di Stato, la sua illegalità, l'eventuale applicazione di un regolamento di esenzione. Egli dovrà inoltre identificare il/i beneficiario/i e determinare il *quantum* (comprensivo degli interessi maturati nel periodo dell'illegalità) da recuperare. Il giudice gode dunque, in teoria, di un certo margine di discrezionalità a differenza dell'ipotesi in cui la Commissione abbia già adottato una decisione su un aiuto illegale e incompatibile. In tal caso, infatti, la decisione della Commissione – e l'atto interno di esecuzione – già contengono tutti o gran parte degli elementi utili ai fini del giudizio nazionale.

Tale margine di discrezionalità è, nei fatti, tuttavia circoscritto, posto che il giudice sarebbe comunque tenuto, secondo quanto auspicato dalla Commissione nella sua Comunicazione del 2009, a raggiungere un risultato almeno analogo a quello che sarebbe conseguibile in applicazione

del Reg. 659/99 nell'ambito del *public enforcement*. Il giudice nazionale resterebbe invece libero di applicare norme nazionali anche più severe, che consentano di andare oltre a quanto richiesto dallo stesso diritto dell'Unione europea<sup>21</sup>.

1. *Le circostanze eccezionali che ostano al recupero dell'aiuto dinanzi al giudice nazionale.* – Il giudice nazionale è tenuto in linea di principio ad ordinare il recupero dell'aiuto salvo l'esistenza di circostanze eccezionali<sup>22</sup>. Il diritto dell'Unione europea non preclude infatti l'applicazione di norme nazionali che possano essere, a questi fini, utilmente invocate<sup>23</sup> dinanzi ad un giudice nazionale<sup>24</sup>. La Corte non ha, tuttavia, mai precisato nel dettaglio quali siano le circostanze idonee a giustificare dinanzi al giudice nazionale il mancato recupero dell'aiuto illegale. Piuttosto si è trovata, nella prassi, a riprendere le circostanze addotte (o, al contrario, non riscontrate) dalla Commissione in applicazione dell'art. 14 Reg. 659/99 per trarne poi le conseguenze a livello di giudizio nazionale<sup>25</sup>. Secondo tale norma, «la Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario». I principi generali di diritto che possono impedire di disporre il recupero dell'aiuto sono stati individuati dalla giurisprudenza nel principio di proporzionalità e nella tutela del legittimo affidamento<sup>26</sup>. A tale proposito, la Comunicazione del 2009 prevede che il criterio giuridico che il giudice deve seguire «in tale contesto dovrebbe essere analogo a quello applicabile ai sensi dell'art. 14 del reg. n. 659/99» e che, pertanto «circostanze che non osterebbero a

<sup>19</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit., punti 50-52.

<sup>20</sup> C. giust. UE, 11 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione (Tubemeuse)*, in *Racc.* 1992, p. II-959.

<sup>21</sup> Comunicazione del 2009, cit., punto 38.

<sup>22</sup> *Ibidem*, punto 32; C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

<sup>23</sup> C. giust. UE, 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 a 215/82, *Deutsche Milkontor*, in *Racc.* 1985, p. 2633, punto 33; 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 901.

<sup>24</sup> C. giust. UE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1992, p. I-3437, punto 16; 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-2289, punto 103; 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 43.

<sup>25</sup> C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-297/01, *Sicilcassa*, in *Racc.* 2005, p. I-7849, punto 41.

<sup>26</sup> C. giust. UE, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187*, in *Racc.* 2008, p. I-5479, punto 141; 17 settembre 2009, causa C-519/07, *Commissione c. KFC*, in *Racc.* 2009, p. I-8495, punto 94; 2 dicembre 2009, causa C-89/08 P, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* 2011, p. I-11245.

un ordine di recupero da parte della Commissione, non possono giustificare il fatto che un giudice nazionale si astenga dall'ordinare il recupero integrale di un aiuto ai sensi dell'art. [108 § 3 TFUE]. È bene, comunque, osservare che la Corte di Giustizia non ha mai ritenuto che il reg. 659/99 avesse natura vincolante per i giudici nazionali<sup>27</sup>, né tale giurisprudenza impedirebbe (almeno in linea teorica), a questi ultimi, di individuare circostanze eccezionali diverse da quelle sino ad ora ammesse dalla stessa giurisprudenza in riferimento ai poteri della Commissione.

Il potere del giudice nazionale è tuttavia limitato dall'orientamento fortemente restrittivo dei giudici dell'Unione, tendente ad escludere di volta in volta la violazione del principio di proporzionalità o del legittimo affidamento.

Riguardo al primo, ad esempio, la Corte ha sempre sostenuto che «il recupero di un aiuto, in vista del ripristino della situazione precedente, non può, in linea di principio, essere considerato una misura sproporzionata rispetto agli obiettivi delle disposizioni del Trattato CE in materia di aiuti di Stato»<sup>28</sup> e che non integra, violazione del principio di proporzionalità neppure il fallimento dell'impresa beneficiaria dovuto alla restituzione dell'aiuto.

La Corte si è, inoltre, sempre mostrata restia a riconoscere il capo al beneficiario di un aiuto illegale un affidamento degno di tutela. È principio costante, infatti, quello secondo cui «il beneficiario di un aiuto può fare legittimo affidamento, salvo circostanze eccezionali, sulla regolarità di un aiuto solamente qualora que-

st'ultimo sia stato concesso nel rispetto dell'art. [108 TFUE]»<sup>29</sup>, e che un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata<sup>30</sup>. Ne deriva che, solo nel caso di aiuto regolarmente notificato, il beneficiario potrebbe vantare un affidamento meritevole di tutela qualora, ad esempio, la decisione positiva resa al termine di un'indagine preliminare sia stata poi annullata dai giudici dell'Unione, oppure revocata ai sensi dell'art. 9 Reg. 659/99. Se l'aiuto è invece illegale, affinché l'*accipiens* possa utilmente opporsi al recupero dell'aiuto, la decisione positiva resa al termine dell'indagine preliminare o dell'indagine formale deve aver acquistato efficacia definitiva<sup>31</sup>. Come da ultimo ribadito nel caso *CELF II*<sup>32</sup>, «fino a quando la Commissione non abbia adottato una decisione di approvazione e il termine per il ricorso avverso una tale decisione non sia scaduto, il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto, cosicché il principio di tutela del legittimo affidamento o quello della certezza del diritto non possono essere invocati».

In presenza di un aiuto illegale, e salvo che la decisione positiva non sia divenuta definitiva, solo la presenza di circostanze realmente eccezionali potrebbe dunque giustificare un legittimo affidamento dell'*accipiens*. Queste non possono essere, tuttavia, individuate nella complessità della nozione di aiuto, né nella considerazione della scarsa dimensione delle imprese beneficiarie, che non disporrebbero di strumenti conoscitivi adeguati della normativa comunitaria applicabile<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit.

<sup>28</sup> C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-298/00 P, *Italia c. Commissione*, *Racc.* 2007, p. I-4087, punto 75; 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. I-3671; G. Giust. CE, 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. I-307.

<sup>29</sup> C. giust. UE, 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-135, punto 51; 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan*, in *Racc.* 2000, p. I-1591.

<sup>30</sup> C. giust. UE, 14 gennaio 1997, *Spagna c. Commissione*, cit., punto 51; 20 marzo 1997, *Alcan*, cit.; 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito italiano*, in *Racc.* 2007, p. I-11137, punto

104; 11 dicembre 2008, *Commissione c. Freistaat Sachsen*, cit.; 22 aprile 2008, *Commissione c. Salzgitte*, in *Racc.* 2010, p. I-2767, punto 104; T. UE, 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-3207.

<sup>31</sup> C. giust. UE, 14 gennaio 1997, *Spagna c. Commissione*, cit., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.; 29 aprile 2004, causa C-91/01, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-4355.

<sup>32</sup> C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa 1/09, *CELF II*, in *Racc.* 2012, p. I-469.

<sup>33</sup> T. UE, 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-607/97, T-1/98, da T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta*, in *Racc.* 2002, p. II-2319, punto 172.

Dalla giurisprudenza emerge, in particolare, che l'affidamento non può fondarsi su comportamenti dello Stato apparentemente legittimi e sulla percezione che il beneficiario abbia potuto desumere dal comportamento rassicurante delle autorità pubbliche circa la legalità dell'aiuto<sup>34</sup>. In sede nazionale, pertanto, alla revoca dell'atto di concessione della misura di aiuto illegale, l'operatore non potrà opporre la tutela di un affidamento legittimo qualora questo sia espressamente riconosciuto da principi generali dell'ordinamento interno<sup>35</sup>, ma non sia conforme alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza dell'Unione.

Un affidamento meritevole di tutela può, invece, eccezionalmente trarsi da un comportamento ambiguo o contraddittorio della Commissione. L'eccessiva durata del procedimento di controllo, l'inerzia o l'acquiescenza possono infatti fondare in capo al beneficiario un affidamento legittimo sulla compatibilità della misura con il mercato interno<sup>36</sup>. Tuttavia, come evidenziato dalla Corte di giustizia, l'obbligo di recupero viene meno «solamente in casi eccezionali che evidenzino una *carezza manifesta* della Commissione e una *palese violazione* del proprio dovere di diligenza»<sup>37</sup>.

Posto che i pochi casi in cui la Corte ha riconosciuto la formazione di un legittimo affidamento in capo ai beneficiari sono tutti riferiti a comportamenti (contraddittori o negligenti) della Commissione in fase di controllo e mai dello Stato membro, l'attuale orientamento precluderebbe del tutto al giudice nazionale di rilevare circostanze eccezionali che ostino al recupero, qualora egli sia nella specie chiamato a valutare la *mera* illegalità del-

l'aiuto. In questo caso, non vi sarebbe (ancora) alcun comportamento o alcuna decisione della Commissione a venire in rilievo. Sotto questo profilo, pertanto, l'invito rivolto al giudice di "agganciare" la valutazione delle circostanze eccezionali a quella operata (o operabile) all'interno del reg. 659/99, appare fuorviante e fortemente limitativo.

Non si potrebbe, del resto, del tutto escludere una tutela nei casi in cui è la stessa qualifica della misura come aiuto di Stato ad essere fortemente in dubbio<sup>38</sup>, considerato anche che, in taluni casi, è la medesima Commissione a riconoscere la difficoltà di tale valutazione o a qualificare per la prima volta una data misura come aiuto di Stato<sup>39</sup>. Come già si è evidenziato, se, da un lato, l'obbligo di notifica – il cui rispetto ad opera dello Stato è sottoposto ad un onere di vigilanza da parte del beneficiario – copre anche le ipotesi in cui la qualificazione della misura di aiuto sia dubbia, è anche vero che occorre evitare che gli Stati notificino qualunque misura, anche comprese quelle che non comportino con certezza alcuna forma di aiuto. Ne deriverebbe, qualora tale certezza si imponesse con tutta evidenza e quand'anche la misura fosse poi qualificata dalla Commissione come aiuto di Stato, che l'onere di diligenza in tal caso richiesto ai beneficiari sarebbe presumibilmente eccessivo. E sarebbe ancor meno esigibile qualora l'*accipiens* sia di modeste o modestissime porzioni.

2. *Il recupero degli aiuti illegali ma compatibili.* – È principio consolidato quello secondo cui l'illegalità della misura di aiuto non può essere sanata da una

<sup>34</sup> C. giust. UE, 20 marzo 1997, *Alcan*, cit., punto 39; 21 luglio 2005, causa C-71/04, *Administración del Estado c. Xunta del Galicia*, in *Racc.* 2005, p. I-7419; 15 dicembre 2005, *Unicredito italiano*, cit.; 22 aprile 2008, *Commissione c. Salzgit-ter*, cit.

<sup>35</sup> C. giust. UE, 20 marzo 1997, *Alcan*, cit.

<sup>36</sup> C. giust. UE, 24 novembre 1987, causa 223/85, *RSV c. Commissione*, in *Racc.* 1989, p. 4617; 15 dicembre 2005, *Unicredito italiano*, cit.; T. UE, 9 settembre 2009, cause riunite T-227 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, *Territorio Histórico*

*de Álava c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-3029, punti 336 ss.

<sup>37</sup> C. giust. UE, 22 aprile 2008, *Salzgitter*, cit.

<sup>38</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs al caso *SFEI*, 14 dicembre 1995, cit.

<sup>39</sup> V. Dec. Comm. CE 2006/621/CE - *France Télécom* in *G.U.* n. L 257 p. 11, punti 263-264 nonché Decisione 2007/374/CE sulle misure adottate dallo Stato italiano per far fronte al passaggio al sistema digitale terrestre (T. UE, 15 giugno 2010, causa C-177/07, *Mediaset. Commissione*, p. II-2341, confermata da C. giust. UE, 28 luglio 2011, C-403/10 P, non ancora pubblicata)

successiva valutazione di compatibilità dello stesso da parte della Commissione. Secondo la Corte, infatti, «la decisione finale della Commissione non può avere l'effetto di sanare gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati violando il divieto sancito in tale articolo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, dell'art. [108 § 3], ultima frase, e svuoterebbe quest'ultimo della sua efficacia pratica»<sup>40</sup>.

Ne consegue che anche un aiuto illegale, ma compatibile, deve essere in linea di principio recuperato.

La sentenza *CELF*, pur mantenendo ferma tale ricostruzione, introduce tuttavia un nuovo principio. La Corte ritiene, infatti che «anche in mancanza di circostanze eccezionali, [il diritto comunitario] non gli impone un obbligo di recupero integrale dell'aiuto illegittimo [...] e che l'obiettivo [che vengano attuati solo aiuti compatibili] non sarà stato contraddetto dal versamento prematuro dell'aiuto». [...] Infatti «il giudice nazionale è [...] tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità». Il giudice può, tuttavia, «nell'ambito del suo diritto nazionale, [...] ordinare il recupero dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo»<sup>41</sup>.

Secondo la sentenza *CELF*, il giudice ha pertanto la facoltà di disporre il recupero dell'aiuto integrale (*quantum* e interessi) oppure solo degli interessi<sup>42</sup>.

Del resto, il medesimo rimedio – recupero dell'aiuto – non ha lo stesso impatto nel caso di aiuti illegali ed incompatibili e nel caso di aiuti illegali ed eventualmente anche compatibili. Nel primo caso, oltre a

porre rimedio alla prematura erogazione dell'aiuto, il recupero mira piuttosto, ad elidere la dannosità in sé dell'aiuto consistente nella capacità di produrre un'alterazione significativa delle condizioni concorrenziali senza, al contempo, apportare alcun beneficio che possa essere utilmente valutato ai fini di un'esenzione *ex art.* 107 TFUE.

Nel secondo caso, invece, la restituzione tende ad eliminare lo svantaggio concorrenziale dovuto principalmente alla prematura erogazione dell'aiuto, in spreco alla procedura di controllo prevista dall'art. 108 TFUE e, ma solo eventualmente, a prevenire/rimediare ad ulteriori effetti dannosi che possano derivare anche dalla sua eventuale incompatibilità. Qualora, tuttavia, l'aiuto sia successivamente dichiarato compatibile, il danno concorrenziale potrebbe essere realmente circoscritto solo all'anticipata erogazione della misura. In linea generale, l'obbligo di corrispondere gli interessi rappresenterebbe, come indica la sentenza *CELF*, un rimedio sufficiente ad elidere lo svantaggio creatosi nel mercato.

In termini più generali, si può anche osservare come la Corte abbia sensibilmente mutato la definizione dell'obiettivo sotteso all'art. 108 § 3 TFUE. Prima della sentenza *CELF* l'obbligo della notifica mirava a salvaguardare il divieto di introduzione di aiuti *privi di autorizzazione da parte della Commissione*. Nella sentenza *CELF*, invece, la Corte precisa che la notifica ha la funzione di *evitare che siano introdotti nel mercato aiuti incompatibili*. In quest'ottica, l'aiuto illegale non è (più) "pericoloso" in sé – cioè solo in ragione della sua erogazione prematura – ma in quanto (anche) potenzialmente incompatibile. Una successiva valutazione di com-

<sup>40</sup> C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.; 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit.

<sup>41</sup> Inoltre «un provvedimento consistente unicamente in un obbligo di recupero senza interessi non sarebbe atto, in linea di principio, a rimediare agli effetti dell'illegittimità nell'ipotesi in cui lo Stato membro desse nuovamente esecuzione a detto aiuto successivamente alla decisione finale positiva della Commissione. Infatti, qualora il periodo intercorso tra il recupero e la nuova esecuzione fosse inferiore a quello intercorso tra la prima esecuzione e la decisione finale, sul benefi-

ciario dell'aiuto graverebbero, qualora fosse indotto a prendere in prestito l'importo restituito, interessi di importo meno elevato rispetto a quelli che avrebbe versato qualora, fin dall'inizio, avesse dovuto chiedere in prestito l'equivalente dell'aiuto concesso illegittimamente».

<sup>42</sup> L'obbligo della restituzione degli interessi decorre dal momento in cui è stato erogato l'aiuto sino alla data in cui la decisione di compatibilità è diventata definitiva (in quanto confermata o per scadenza del termine di impugnazione (C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punti 56 ss.)



patibilità dell'aiuto, pur non avendo un'efficacia sanante dell'illegalità, avrebbe l'effetto di ridurre la potenziale maggior lesività concorrenziale al vantaggio prematuro conferito a taluni soggetti.

Il caso *CELF* non introduce un'ulteriore e speciale "circostanza eccezionale" che giustifichi il mancato recupero. Le circostanze eccezionali, quali il legittimo affidamento, non solo presuppongono che l'aiuto sia incompatibile (o quanto meno solo illegale) ma operano *in deroga all'interesse dell'Unione europea* e a tutela della posizione giuridica soggettiva dell'*accipiens* e del suo affidamento. L'esonero dall'obbligo di recupero indicato in *CELF* non è invece in alcun modo motivato da tale esigenza, ma solo da un giudizio di minor lesività della misura di aiuto una volta accertata la sua compatibilità con il mercato.

Grava tuttavia sul giudice nazionale la valutazione del rimedio più appropriato. Attraverso la misura illegale il vantaggio acquisito dall'*accipiens* potrebbe, infatti, essere duplice: *i)* il non aver versato gli interessi che egli avrebbe dovuto corrispondere se, potendolo fare, si fosse procurato analogo vantaggio sul mercato e alle condizioni di mercato; *ii)* l'accrescimento della sua posizione concorrenziale nel periodo dell'illegalità (specie nel caso in cui fosse provata la sua incapacità di potersi procurare autonomamente analogo vantaggio dalla banche)<sup>43</sup>. La corresponsione degli interessi sarebbe il rimedio più appropriato nel primo caso ma non anche nel secondo. In questo caso, lo squilibrio concorrenziale potrebbe essere riparato anche attraverso la misura del risarcimento del danno, così come suggerito dalla stessa sentenza *CELF*. L'ostacolo maggiore sarebbe tuttavia la prova del nesso di causalità, e di fatto il concorrente potrebbe trovare più rapida soddisfazione nel recupero integrale dell'aiuto.

Del resto, qualora il recupero dei soli interessi non sia ritenuto adeguato, il giudice può, «nell'ambito del suo diritto nazionale, [...] inoltre ordinare il recupero

dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo»<sup>44</sup>.

Non è tuttavia precisato se il riferimento al "diritto nazionale" sia a disposizioni interne espressamente adottate per la materia di aiuti di Stato ovvero a norme applicabili anche ad altri settori affini. La soluzione preferibile è che si tratti di norme del secondo tipo, a disciplina di istituti a carattere generale quali l'arricchimento senza giusta causa e la restituzione dell'indebitato.

Resta il fatto che non è del tutto chiaro come, da un lato, il diritto dell'Unione europea consenta al giudice di disporre comunque il recupero sulla base delle proprie (e sole) norme nazionali e, dall'altro, non ritenga tale rimedio indispensabile neppure in caso di violazione del diritto dell'Unione europea. Si consideri inoltre che tale facoltà, offerta al giudice nazionale, potrebbero introdurre delle disparità tra gli Stati membri le cui norme interne dispongano il recupero dell'aiuto, nonostante la sua compatibilità con il mercato interno – e gli Stati membri la cui disciplina interna non prevede invece tale soluzione.

3. *I poteri del giudice nazionale in assenza di una decisione di compatibilità o nelle more della sua adozione.* – Il potere del giudice nazionale di disporre il recupero integrale dell'aiuto, rimarrebbe comunque intatto sia qualora la Commissione non abbia adottato alcuna decisione sia qualora la decisione sulla compatibilità non sia divenuta definitiva<sup>45</sup>.

Questioni particolari si pongono tuttavia, alla luce del caso *CELF*, qualora la decisione della Commissione sia stata annullata dai giudici dell'Unione e la Commissione non ne abbia ancora adottato una nuova. In particolare, il giudice nazionale non sarebbe «legittimato a sospendere il procedimento sulla questione dell'obbligo di restituire un aiuto di Stato fino a che la Commissione (...) non abbia

<sup>43</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>44</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 53.

<sup>45</sup> C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punto 25 e punti 37-38.

pronunciato una decisione definitiva sulla compatibilità dell'aiuto»<sup>46</sup>.

In tal caso, infatti è come se la decisione non fosse mai stata adottata e il giudice deve tenere in considerazione solo la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. La sospensione comporterebbe il mantenimento del beneficio in capo all'*accipiens*, privando in tal modo di effetto utile lo stesso art. 108 § 3 TFUE e causando una grave violazione del principio di effettività dei procedimenti nazionali<sup>47</sup>.

L'approccio è dunque esattamente opposto a quello adottato nella materia della concorrenza, ove, invece, la Corte di giustizia ritiene opportuno che il giudice sospenda il giudice nazionale per evitare il rischio di giungere a soluzioni in contrasto con quelle adottate dalla Commissione (art. 16 Reg. 1/2003). Nella materia degli aiuti di Stato tale rischio è invece fortemente ridotto mentre è l'urgenza di ristabilire lo *status quo ante* che "obbliga" al contrario il giudice nazionale a procedere anche in parallelo con la Commissione.

Egli sarebbe, infatti, tenuto ad adottare «le misure idonee a porre rimedio all'illegittimità dell'esecuzione degli aiuti affinché il beneficiario non conservi la libera disponibilità di questi ultimi per il tempo rimanente fino alla decisione della Commissione»<sup>48</sup>. Oltre al recupero integrale e definitivo dell'aiuto, il giudice può – specie qualora sia pendente un procedimento dinanzi alla Commissione – adottare anche misure provvisorie, come il versamento dei fondi in un conto "bloccato"<sup>49</sup>. Per contro, «l'obbligo di "*standstill*" di cui all'art. [108 § 3 TFUE] non sarebbe rispettato, in tale fase, mediante una semplice condanna al pagamento d'interessi su somme che rimarrebbero nei conti dell'impresa».

L'obbligo di adottare tali misure sussiste sempre che, come precisa la Corte, «sia certa la qualifica di aiuto di Stato, se

l'aiuto stia per essere eseguito o sia stato versato e se non sono accertate circostanze eccezionali che rendono inopportuno un recupero»<sup>50</sup>.

Ora, è indubbio che le difficoltà maggiori ruotano intorno alla richiesta "certezza" che il giudice nazionale deve nutrire sulla natura di aiuto di Stato della misura nazionale. Essa, innanzitutto non può essere riferita all'adozione di misure provvisorie, posto che in tal caso, ed ai fini della sussistenza del *fumus boni iuris*, è sufficiente un convincimento *prima facie* circa l'esistenza di una misura di aiuto di Stato (v. *infra* par. V).

Ma anche in riferimento all'ordine di recupero definitivo, l'acquisizione di tale certezza certamente stride con l'urgenza di provvedere a salvaguardare gli interessi dei terzi lesi da una misura illegale.

In caso di evidente dubbio, il giudice potrebbe, infatti, essere giustamente indotto a sollevare un rinvio pregiudiziale di interpretazione, il che comporterebbe la conseguenza che il giudice sarebbe innanzitutto tenuto a sospendere il giudizio in sede nazionale. Di tal guisa, il giudice potrebbe anche "approfittare" della necessità di sottoporre una questione a titolo pregiudiziale proprio al fine di sospendere il procedimento in attesa dell'adozione della decisione della Commissione, eludendo così il divieto posto nel caso *CELF II*.

## V. LA CONCESSIONE DI MISURE PROVVISORIE

Nell'ambito di un'azione di recupero di un aiuto illegale, il giudice nazionale può concedere le opportune misure provvisorie al fine di evitare il prodursi o il protrarsi di conseguenze pregiudizievoli per i privati<sup>51</sup>, specie qualora si preveda che la decisione del giudice non possa giungere in tempi rapidi. Tale eventualità potrebbe essere dovuta anche ad una sospensione del procedimento in ragione di

<sup>46</sup> C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punto 22.

<sup>47</sup> *Ibidem*, punti 31-32.

<sup>48</sup> C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punto 30.

<sup>49</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 37.

<sup>50</sup> C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punti 35-36.

<sup>51</sup> C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Racc.* 1993, p. I-415; 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, in *Racc.* 1997, p. I-3761.

un rinvio pregiudiziale. La sospensione del procedimento in pendenza di un'indagine della Commissione – ipotesi prevista dalla Comunicazione del 2009 – sarebbe invece preclusa alla luce della sentenza *CELF II*<sup>52</sup>. Qualora l'aiuto non sia stato ancora erogato, l'intervento del giudice, a tutela delle ragioni del concorrente, ha la finalità di impedire il successivo versamento dell'aiuto sino all'adozione della decisione finale della Commissione. Ove, invece, l'aiuto sia stato già erogato illegalmente, e il giudice nazionale non possa immediatamente ordinare il recupero a titolo definitivo<sup>53</sup>, il giudice potrebbe disporre il recupero provvisorio dell'aiuto mediante l'ordine di depositare il relativo ammontare e gli interessi dovuti per la durata della violazione in un conto "blocato" sino alla decisione sul merito della controversia<sup>54</sup> o sino all'esito della valutazione della Commissione.

In questo secondo caso, qualora la Commissione dichiari l'aiuto incompatibile, il giudice ordina che i fondi depositati, maggiorati degli interessi, siano conferiti all'autorità che ha erogato l'aiuto. Se l'aiuto è invece dichiarato compatibile, il giudice, conformemente al principio espresso nella sentenza *CELF*<sup>55</sup>, può anche ordinare che l'importo sia rilasciato al beneficiario, imponendo tuttavia che gli interessi maturati per il periodo dell'illegalità siano conferiti all'autorità statale. A tali ipotesi dovrebbe tuttavia aggiungersene una terza: qualora, all'esito del giudizio della Commissione, la misura non costituisca neppure aiuto<sup>56</sup>, al (supposto) beneficiario dovrà essere restituito sia l'importo nominale dell'"aiuto" che gli interessi trattenuti durante l'asserito periodo dell'illegalità.

Alla luce della sentenza *CELF*, la misura del recupero a titolo provvisorio non sarebbe necessaria in presenza di un aiuto illegale, ma già dichiarato compatibile da

una decisione della Commissione, che tuttavia non sia ancora diventata definitiva perché impugnata dinanzi al Tribunale. In tal caso, infatti, il giudice potrebbe immediatamente disporre la restituzione dei soli interessi senza essere tenuto a ordinare in via definitiva o provvisoria il recupero dell'aiuto.

Quanto ai requisiti subordinatamente ai quali il giudice può adottare le misure provvisorie, la sussistenza del *fumus boni iuris*, è soddisfatto nei casi in cui il giudice abbia «*prima facie*, la ragionevole convinzione che la misura in questione comporti un aiuto di Stato illegale»<sup>57</sup>. Anche a tale fine (e non solo ai fini del recupero definitivo) il giudice potrebbe essere indotto a sollevare un rinvio pregiudiziale.

La Comunicazione del 2009 non fa, invece, menzione del *periculum in mora*, il quale sembrerebbe così assorbito dalla valutazione dell'anticorrenzialità dell'aiuto, di fatto già effettuata dal giudice, e dal rischio che questa perduri o si aggravi<sup>58</sup>. In realtà, la mancanza di un espresso riferimento al *fumus boni iuris* rappresenta certamente un *vulnus* nel sistema, testimoniando un approccio decisamente a favore delle ragioni del concorrente (coincidente con l'interesse generale dell'Unione europea) piuttosto che della persona del beneficiario. Come espone la Comunicazione il giudice sarebbe, di fatto, obbligato a concedere provvedimenti provvisori ogni qual volta sia accertata una violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE.

Né la Comunicazione del 2009, né la giurisprudenza, menzionano l'ipotesi in cui possa essere il beneficiario a domandare una misura provvisoria per paralizzare la domanda di recupero dell'aiuto illegale da parte del concorrente, in assenza di una decisione della Commissione. Se è più comune che il beneficiario

<sup>52</sup> C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit.

<sup>53</sup> Comunicazione del 2009, cit., punto 60.

<sup>54</sup> Comunicazione del 2009, cit., punto 61.

<sup>55</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>56</sup> V. C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-308/01, *Gil Insurance*, in *Racc.* 2004, p. I-4777.

<sup>57</sup> Comunicazione del 2009, cit., punto 61.

<sup>58</sup> Il potere riconosciuto al giudice nazionale è

dunque molto più ampio di quello concesso alla Commissione ex art. 11 § 2, del reg. n. 659/1999 e soggetto alla condizione che *i*) in base a una pratica consolidata non sussistono dubbi circa il carattere di aiuto della misura in questione, *ii*) occorre affrontare una situazione di emergenza, *iii*) esiste un grave rischio di danno consistente e irreparabile ad un concorrente.

cerchi di ottenere la sospensione dell'atto interno emanato in esecuzione della decisione che dichiara un aiuto incompatibile, non potrebbe tuttavia escludersi il caso in cui lo Stato, a seguito di un'azione del concorrente che abbia invocato in giudizio l'illegalità della misura, abbia indirizzato al beneficiario un atto di recupero dell'aiuto. In tal caso, il *fumus boni iuris* sarebbe soddisfatto quando *prima facie* sia particolarmente dubbia la qualifica della misura come aiuto di Stato, mentre ai fini del *periculum in mora* dovrà, come sempre, essere data la prova del rischio imminente di un danno grave ed irreparabile. Tale ipotesi potrebbe, ad esempio, verificarsi qualora l'adozione di una decisione positiva da parte della Commissione sia imminente e l'aiuto sia stato concesso dallo Stato per far fronte urgentemente a situazioni particolarmente gravi o delicate. In questo caso, infatti, il recupero dell'aiuto, che dovrebbe conseguire al mero accertamento dell'illegalità, potrebbe essere considerata una misura eccessiva rispetto al rischio del fallimento dell'impresa e alla tutela del mercato.

#### VI. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE PER IL RIMBORSO DI TRIBUTI VERSATI PER L'ESECUZIONE DI UN AIUTO ILLEGALE

L'azione di rimborso di tributi o altri oneri fiscali versati per finanziare la concessione di aiuti illegali a terzi, sia sottoforma di sovvenzioni che di agevolazioni fiscali, è certamente un rimedio connotato da una certa eccezionalità nel panorama dei rimedi esperibili dinanzi al giudice nazionale. La legittimazione ad agire per il rimborso di oneri fiscali è, riconosciuta nei casi in cui sia provato che «il loro pagamento formi parte integrale della misura di aiuto di Stato illegale» e

cioè sia dimostrato che il gettito della tassa influenzi direttamente l'entità dell'aiuto concesso a terzi in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE<sup>59</sup>.

Tra il prelievo fiscale e la misura di aiuto però sussistere una correlazione particolarmente stretta<sup>60</sup>. Ciò si verifica allorquando la legislazione nazionale i) preveda espressamente ed inequivocabilmente che il prelievo a carico di taluni soggetti sia direttamente utilizzato per finanziare/agevolare il beneficiario dell'aiuto e ii) determini esattamente l'ammontare o la quota parte del prelievo da destinarsi al finanziamento o all'agevolazione del soggetto beneficiario<sup>61</sup>.

In questo caso, la misura che istituisce il tributo, e contestualmente ne dispone l'esonero per alcuni, può essere considerata come una misura *unitaria* dal punto di vista della disciplina sugli aiuti di Stato con la conseguenza che, in caso di illegalità dell'aiuto sarà illegittima, dal punto di vista dell'ordinamento interno, anche la riscossione del tributo in quanto modalità di finanziamento dell'aiuto stesso.

L'azione di rimborso, analogamente a quella di recupero, ammette tuttavia talune eccezioni derivanti dall'applicazione di principi generali, e oramai consolidati, circa le conseguenze dell'illegalità di un aiuto.

Una prima questione, evidenziata dal caso *Pearle*<sup>62</sup>, è se il giudice possa ordinare il rimborso di un tributo qualora tra i contribuenti figurino anche soggetti che abbiano beneficiato dell'aiuto. La risposta dovrebbe essere negativa posto che il rimborso potrebbe consentire, al beneficiario che abbia contribuito a finanziare l'aiuto di ricevere di fatto un secondo aiuto, e dunque non sarebbe uno strumento appropriato per ristabilire lo *status quo ante*.

<sup>59</sup> C. giust. UE, 25 giugno 1970, causa 47/69, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1972, p. I-487; 16 dicembre 1992, causa C-17/91, *Lornoy*, in *Racc.* 1994, p. I-6523; 27 ottobre 1993, causa C-72/92, *Scharbatke*, in *Racc.* 1995, p. I-5509; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster*, in *Racc.* 2005, p. I-12249.

<sup>60</sup> C. giust. UE, 21 ottobre 2003, *Van Calster*, cit.; 27 novembre 2003, causa C-34/01 e C-38/01, *Enirisorse*, in *Racc.* 2005, p. I-14243; 16 dicembre 1992, *Lornoy*, cit.; 22 dicembre 2008, causa C-

333/07, *Société Régie Networks*, in *Racc.* 2010, p. I-10807.

<sup>61</sup> C. giust. UE, 13 gennaio 2005, *Streekgewest Westelijk*, cit.; 15 giugno 2006, *Air Liquide*, cit.; 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.; 27 novembre 2003, *Enirisorse*, cit.; C. giust. CE, 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoirese Boiron*, in *Racc.* 2008, p. I-7529.

<sup>62</sup> C. giust. UE, 15 luglio 2004, causa C-345/02, *Pearle*, in *Racc.* 2006, p. I-7139.

Questione più complessa è quella che si pone riguardo all'azionabilità del diritto al rimborso qualora l'aiuto (illegale) sia stato poi ritenuto compatibile dalla Commissione all'esito della procedura di indagine formale. In linea con i principi applicabili in materia di recupero, la sentenza *Van Calster*<sup>63</sup>, riguardante un caso di disposizione retroattiva dell'imposizione di tributi in esecuzione di un aiuto poi dichiarato compatibile, ha ribadito che una successiva valutazione di compatibilità di un aiuto non sana l'illegalità dello stesso, con la conseguenza che le tasse versate in attuazione di un aiuto illegale devono essere comunque rimborsate, pur se all'esito dell'indagine formale ritenute di fatto legittime.

La successiva sentenza *Wienstrom*<sup>64</sup> sembra sostanzialmente escludere un ridimensionamento di tale principio che sarebbe stato possibile attraverso l'estensione alle azioni di rimborso, in via analogica, di quanto espresso nel caso *CELF*<sup>65</sup>, nel frattempo intervenuto. Secondo la sentenza *CELF I*, in presenza di un aiuto illegale ma dichiarato compatibile dalla Commissione, il giudice nazionale ha la facoltà di non ordinare il suo recupero, salva la corresponsione degli interessi maturati per tutto il periodo dell'illegalità. In *Wienstrom*, la Corte ha, invece, mantenuto fermo che «dal punto di vista del terzo al quale è imposto un onere finanziario prima di una decisione positiva della Commissione, «il solo modo per rimediare nei suoi confronti all'illegittimità di una messa ad esecuzione di una misura di aiuto consiste nel rimborso di detto onere». Resta tuttavia da vedere come conciliare i due principi ambedue applicabili in caso di aiuto illegale e compatibile: *i*) l'obbligo di ordinare il rimborso dei tributi illegittimamente versati, secondo il caso *Van Calster* e *Wienstrom*, e *ii*) la facoltà di non richiedere l'ammontare dell'aiuto illegale concesso al beneficiario, secondo il caso *CELF I*. Si potrebbe infatti verificare la peculiare situazione in cui, da un lato, l'aiuto illegale

(salvo gli interessi maturati) non venga recuperato e, dall'altro, gli importi riscossi per finanziare tale aiuto siano invece restituiti, per il periodo dell'illegalità. La conseguenza sarebbe un maggior esborso a carico dello Stato.

Occorre tuttavia constatare che il caso *Van Calster*, così come richiamato dalla sentenza *Wienstrom*, concerne una situazione del tutto particolare. Nella fattispecie, infatti i tributi erano stati principalmente riscossi in attuazione di una misura illegale ed incompatibile. Lo Stato belga aveva conseguentemente adottando un nuovo regime di aiuti, ritenuto compatibile, che prevedeva però la riscossione di contributi anche per il periodo precedente alla decisione positiva della Commissione. La stessa Corte, nel ribadire in *Wienstrom* quanto espresso in *Van Calster* nonostante la sentenza *CELF*, ha puntualizzato che l'obbligo di procedere al rimborso del contributo come unico modo di rimediare all'illegalità dell'aiuto, si imponeva «in circostanze quali quelle delle cause principali».

Quanto agli aspetti procedurali, la correlazione tra l'onere fiscale e l'aiuto illegale nell'ambito di un'azione di rimborso esperita dal soggetto gravato di tale onere, spetta al giudice nazionale (il quale può sempre avvalersi dell'ausilio interpretativo della Corte di giustizia) e deve effettuarsi sulla base delle pertinenti regole nazionali. Il ricorrente, sul quale normalmente incombe l'onere probatorio, dovrà a tale fine produrre tutti gli elementi utili ai fini di tale valutazione, ma le norme procedurali interne non devono tuttavia rendere eccessivamente difficile o impossibile la raccolta di tali prove e in ogni caso il giudice deve poter disporre anche d'ufficio ogni mezzo di prova<sup>66</sup>.

Le modalità dell'azione di rimborso di tributi illegittimamente riscossi in quanti destinati a finanziare aiuti illegali devono inoltre rispettare i principi da sempre espressi dalla Corte circa la più generale azione di ripetizione dell'indebito della quale l'azione in oggetto costituisce

<sup>63</sup> C. giust. UE, 21 ottobre 2003, *Van Calster*, cit.

<sup>64</sup> C. giust. UE, 18 dicembre 2008, *Wienstrom*, cit.

<sup>65</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>66</sup> Punto 76.

espressione particolare<sup>67</sup>. In particolare, il ricorrente non dovrà aver traslato l'onere del tributo su altri soggetti, configurandosi in tal caso un suo ingiusto arricchimento. Si ricorda, tuttavia, che la regola secondo cui il contribuente dovrebbe produrre la prova scritta circa la mancata traslazione dell'imposta è stata considerata non in linea con lo *standard* di effettività della tutela giurisdizionale richiesto dalla Corte di giustizia.

Inoltre, i termini di prescrizione e di decadenza stabiliti a livello nazionale devono essere ragionevoli per consentire agli interessati di disporre di tempo sufficiente per presentare le proprie istanze di rimborso<sup>68</sup>. Chiaramente incompatibile è una riduzione retroattiva della durata del termine di prescrizione e decadenza in quanto in contrasto con il principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto<sup>69</sup>.

#### VII. L'AZIONE DI RISARCIMENTO DEL DANNO. RINVIO

La Corte sta recentemente ponendo una certa enfasi sull'opportunità che, a fronte della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, i soggetti che ritengono di aver subito un pregiudizio, ricorrano (anche) al rimedio risarcitorio<sup>70</sup>. È innegabile, infatti, che i terzi concorrenti, troverebbero maggiore soddisfazione nel ricevere direttamente un ristoro finanziario delle perdite subite che non nel vedere recuperato l'aiuto da parte dello Stato. In realtà, l'a-

zione risarcitoria è ancora utilizzata raramente e prevalentemente senza esito positivo. Le ragioni vanno individuate principalmente nella difficoltà di dimostrare l'entità del danno subito e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, in parte dovuta alla severità di alcune normative nazionali.

L'azione è esperibile sulla base della mera illegalità dell'aiuto, a prescindere dal fatto che l'aiuto sia già stato (o sarà) dichiarato compatibile<sup>71</sup>. L'ipotesi principe è che tale azione sia intentata da un concorrente nei confronti dello Stato. Come noto, il principio della responsabilità dello Stato per violazione di obblighi comunitari è stato affermato nella sentenza *Franco-vich*<sup>72</sup> e poi precisato nella successiva giurisprudenza<sup>73</sup>. Anche altri soggetti, diversi dal concorrente ma comunque terzi rispetto al beneficiario, potrebbero promuovere un'azione di risarcimento dei danni contro lo Stato. Il riferimento è, principalmente, ai creditori di un'impresa che sia fallita a seguito del recupero dell'aiuto o, viceversa, ai creditori dell'impresa concorrente che abbia dovuto cessare la propria attività in ragione dell'indebito vantaggio concesso all'*accipiens*. La difficoltà maggiore è, tuttavia, nella dimostrazione del nesso di causalità tra la condotta statale e il pregiudizio subito<sup>74</sup>.

Quanto ai presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità dello Stato, la sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*<sup>75</sup> li indica nei seguenti: i) la norma

<sup>67</sup> C. giust. UE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, cit.; 14 gennaio 1997, cause riunite da C-192/95 a C-218/95, *Comateb*, in *Racc.* 1985, p. I-165; 11 luglio 2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer*, in *Racc.* 2004, p. I-6325; 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, in *Racc.* 1977, p. 1989 e causa C-45/76, *Comet*, in *Racc.* 1979, p. 2043; 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit*, in *Racc.* 1982, p. 1205.

<sup>68</sup> C. giust. UE, 11 luglio 2002, *Marks & Spencer*, cit.

<sup>69</sup> C. giust. UE, 24 settembre 2002, causa C-255/00, *Grundig*, in *Racc.* 2004, p. I-8003.

<sup>70</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.; 18 dicembre 2008, *Wienstrom*, cit.; 5 ottobre 2006, *Transalpine*, cit.; 20 settembre 2001, causa C-390/98, *Banks*, in *Racc.* 2003, p. I-6117; 21 luglio 2011, causa C-459/10 P, *Freistaat Sachsen c. Commissione*, non ancora pubblicata

<sup>71</sup> C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>72</sup> C. giust. UE, 19 novembre 1991, *Franco-vich*, cit.

<sup>73</sup> *Ex multis*, C. giust. UE, 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur*, cit.; 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecommunications*, in *Racc.* 1998, p. I-1631, punto 38; 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Racc.* 1998, p. I-2553; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, e da C-108/94 a C-190/94, *Dillenkofer*, in *Racc.* 1996, p. I-4845; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, in *Racc.* 2002, p. I-5123; 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc.* 2005, p. I-10239; 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, in *Racc.* 2011, p. I-2119; 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes urbanos*, in *Racc.* 2012, p. I-635.

<sup>74</sup> Cfr. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Lenz, nel caso *Commissione c. Belgio* (causa 52/84, in *Racc.* 1987, p. 89).

<sup>75</sup> C. giust. UE, 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur*, cit.

comunitaria violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli *ii*) la violazione deve essere grave e manifesta; *iii*) deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

In linea teorica, il diritto dell'Unione europea non impedirebbe al beneficiario, tenuto a restituire l'aiuto, di promuovere un'azione di risarcimento del danno avverso lo Stato<sup>76</sup>.

Ad ostare contro il riconoscimento di una tutela risarcitoria a favore dell'*accipiens* è, tuttavia, il fatto che su quest'ultimo, come ribadito chiaramente dalla Corte di giustizia, grava un onere di diligenza nel verificare che lo Stato abbia correttamente notificato l'aiuto e non lo abbia erogato prematuramente. Colui che, proprio in ragione della mancata diligenza, sia tenuto a restituire l'aiuto allo Stato, non potrebbe essere, per la medesima ragione, nella posizione di esperire utilmente un'azione risarcitoria contro lo Stato. Egli, in sostanza, non sarebbe in una situazione meritevole di tutela, sia dal punto di vista del diritto dell'Unione europea – il quale infatti esclude che l'*accipiens* possa invocare un legittimo affidamento sulla legalità della misura erogata – sia, presumibilmente, dal punto di vista dell'ordinamento interno, poiché egli risulterebbe nella posizione di colui che si sia indebitamente arricchito. Quand'anche si potesse ammettere tale forma di tutela, il danno risarcibile non potrebbe in ogni caso essere equiparabile all'importo delle somme restituite, in quanto ciò presupporrebbe, *de facto* una concessione indiretta di aiuti illegali (ed eventualmente incompatibili)<sup>77</sup>, ma dovrebbe corrispondere ad un danno diverso ed ulteriore quale ad esempio la perdita di *chances* per non aver accettato un contratto o partecipato a gare o aver rinunciato ad altre agevolazioni fiscali, invece lecite.

La Corte, nella sentenza *SFEI*, ha, invece, espressamente escluso che il benefi-

ciario di un aiuto di Stato illegale possa, *sulla sola base del diritto dell'Unione europea*, essere ritenuto civilmente responsabile del pregiudizio subito da un proprio concorrente<sup>78</sup> a causa della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. Ciò non esclude, tuttavia, che il beneficiario possa rispondere nei confronti del concorrente in applicazione di norme diverse dall'art. 108 § 3 TFUE come nel caso in cui l'aiuto illegale sia servito per porre in essere una serie di comportamenti anticoncorrenziali vietati dagli artt. 101 e 102 TFUE o rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 106 in combinato disposto con l'art. 102 TFUE, o ancora nell'ipotesi di aiuto attuato in modo abusivo da parte dell'impresa beneficiaria (art. 16 del reg. 659/99).

Il concorrente rimarrebbe comunque libero di intentare un'azione di risarcimento nei confronti dell'*accipiens* qualora ciò sia consentito dalle norme del proprio ordinamento interno. In applicazione del principio di non discriminazione (principio dell'equivalenza), un'azione di questo tipo dovrebbe essere consentita qualora sia prevista, a livello interno, in casi analoghi di interventi a favore dell'impresa. In linea generale, le poche azioni intentate dal concorrente nei confronti del beneficiario si sono fondate sulle norme sulla responsabilità extra-contrattuale dell'impresa e/o sulla concorrenza sleale.

#### VIII. TUTELA DINANZI AL GIUDICE NAZIONALE E AUTONOMIA PROCEDURALE

Anche nella materia degli aiuti di Stato si applica, in linea generale, il principio consolidato secondo cui, in assenza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento interno indicare i giudici competenti e fissare e fissare le procedure giurisdizionali destinate a garantire la tutela dei diritti che derivano ai singoli dal diritto comunitario<sup>79</sup>. Tali modalità non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle relative a diritti fondati sull'ordina-

<sup>76</sup> Conclusioni dell'Avv. Gen. Tesaurò al caso *Tubemeuse* (19 settembre 1998, cit.).

<sup>77</sup> Conclusioni dell'Avv. Gen. Colomer (28 aprile 2005, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Azzeni*, in *Racc.* 2007, p. I-1875).

<sup>78</sup> C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

<sup>79</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit.

mento nazionale (principio di equivalenza) e, dall'altra, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività).

Poiché l'art. 14 Reg. n. 659/99 impone che il recupero dell'aiuto (illegale ed incompatibile) avvenga senza indugio, le norme processuali interne non devono impedire l'esecuzione immediata ed effettiva delle decisioni di recupero. Ne consegue che, qualora una norma procedurale (o processuale in senso stretto) non consenta il recupero effettivo e rapido dell'aiuto, il giudice nazionale sarà tenuto a disapplicarla<sup>80</sup>. È il caso, ad esempio, di norme processuali che prevedono la sospensione automatica dei titoli di riscossione qualora questi vengano impugnati dal soggetto debitore<sup>81</sup>, o di norme che stabiliscano un termine di decadenza o di prescrizione della domanda di recupero da parte dell'amministrazione nazionale<sup>82</sup>, sino ad arrivare all'eccezionale disapplicazione della norma interna che stabilisce l'autorità di cosa giudicata della sentenza del giudice nazionale, qualora essa sia resa in spregio ad una decisione della Commissione (divenuta definitiva)

che dichiarò un aiuto illegale ed incompatibile<sup>83</sup>.

CRISTINA SCHEPISI

### Bibliografia

S. AMADEO, «Aiuti di Stato alle imprese e competenze del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.3 Trattato CE», in *Studium Iuris*, 1998, p. 354; B. BRANDTNER - T. BERNAGER - C. LESSENICH, «Private State Aid Enforcement», in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 2010, p. 23; B. CHEINEL - A. GIRAUD, «New Paradigm for Recovery of Unlawful Aid in the EU - National Judges and the 'Exception of Compatibility'», in *World Competition*, 2008, p. 557; M. HONORÉ - N.E. JENSEN, «Damages in State Aid Cases», in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 2011, p. 265; P. NEMITZ (ed.), *The effective application of State Aid Procedures*, Kluwer Law International, 2007; C. NORDBERG, «Judicial Remedies of private parties under State aid Procedures», in *Legal Issues of Economic Integration*, 1997, p. 56; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; ID., *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e I recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; M.L. STRUYS - H. ABBOTT, «The role of national Courts in State Aid Litigation», in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 172; C. VAJDA - P. STUART, «Effects of the standstill Obligation in National Courts. – all said after CELF? An English Perspective?», in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 2010, p. 629.

<sup>80</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione c. Francia (Scott)*, in *Racc.* 2009, p. I-10071. Comunicazione del 2009, cit., punto 64.

<sup>81</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Commissione c. Francia (Scott)*, cit.; C. giust. UE, 6 ottobre 2011,

causa C-302/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata; 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia* non ancora pubblicata in *Racc.*

<sup>82</sup> Corte giust, 20 marzo 1997, *Alcan*, cit.

<sup>83</sup> C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* 2009, p. I-6199.