

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali (Diritto Ue)

**Sommario: I. LE DECISIONI NEGATIVE DELLA COMMISSIONE CORREDATE DA UN ORDINE DI RECUPERO DELL'AUTO INCOMPATIBILE E LA LORO ESECUZIONE.** – 1. Il potere e la responsabilità del recupero. – 2. Le procedure di recupero e il principio di effettività delle decisioni della Commissione. – 3. Le eccezioni all'ordine di recupero. – **II. GLI ORDINI DI RECUPERO NAZIONALI E LA LORO IMPUGNAZIONE.** – 1. L'impugnazione dell'ordine di recupero nazionale. – 2. Le domande di rinvio pregiudiziale: validità e interpretazione della decisione della Commissione. – 3. La richiesta di provvedimenti cautelari. – **III. LA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER MANCATA EMANAZIONE DELL'ORDINE DI RECUPERO NAZIONALE. RINVIO.**

### I. LE DECISIONI NEGATIVE DELLA COMMISSIONE CORREDATE DA UN ORDINE DI RECUPERO DELL'AUTO INCOMPATIBILE E LA LORO ESECUZIONE

1. *Il potere e la responsabilità del recupero.* – In base all'art. 108 § 2 TFUE se la Commissione constata che un aiuto concesso da uno Stato non è compatibile con il mercato interno «decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato».

In relazione agli aiuti incompatibili erogati in violazione degli obblighi di notifica o di sospensione previsti all'art. 108 § 3 TFUE (aiuti "illegali"), la Corte di giustizia ha chiarito che l'abolizione o la modifica dell'aiuto, per avere un effetto utile, può implicare l'obbligo di chiederne il rimborso<sup>1</sup>. Secondo la Corte, la *soppres-*

*sione dell'aiuto mediante recupero è anzi la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità*<sup>2</sup> e pertanto non può dipendere dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso<sup>3</sup>. Il recupero ha l'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante* attraverso l'eliminazione della distorsione di concorrenza causata dal vantaggio determinato dall'aiuto<sup>4</sup>. Per effetto della restituzione il beneficiario è privato del vantaggio di cui ha fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti, il che consente il ripristino della situazione esistente prima della corresponsione dell'aiuto.

L'art. 14 § 1 Reg. 659/1999<sup>5</sup> ha recepito questa giurisprudenza, introducendo una base giuridica chiara per l'adozione dell'ordine di recupero degli aiuti illegali ed incompatibili da parte della Commissione. Nel far ciò, il legislatore europeo si è spinto oltre il consolidamento della giurisprudenza preesistente avendo previsto che l'ordine di recupero consegua in maniera pressoché automatica alla constatazione dell'illegalità e incompatibilità dell'aiuto. L'articolo in questione, infatti, stabilisce che, nel caso di decisioni negative sugli aiuti illegali, la Commissione «adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario (in seguito denominata «decisione di recupero»)».

La norma, nella sua formulazione, incorpora un principio cardine dell'attuale sistema di controllo e applicazione della

<sup>1</sup> C. giust. UE, 12 luglio 1973, causa 70/72, *Commissione c. Germania* - "Kohlegesetz", in *Racc.* 1975, p. 0813, punto 13, 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil GmbH & Co. KG c. Commissione* - "Deufil", in *Racc.* 1989, p. 901, punto 24.

<sup>2</sup> C. giust. UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione* - "Tubemeuse", in *Racc.* 1992, p. I-959, punto 66, 17 giugno 1999, causa C-75/95, *Belgio c. Commissione* - "Maribel-bis/ter", in *Racc.* 2001, p. I-3671, punto 64, 29 aprile 2004, causa C-277/00, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-3925, punto 74.

<sup>3</sup> C. giust. UE, 10 giugno 1993, causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1995, p. I-

3131, punto 16, 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* 2002, p. I-4897, punto 38, e 26 giugno 2003, causa C-404/00, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2005, p. I-6695, punto 44.

<sup>4</sup> C. giust. UE, 21 marzo 1990, "Tubemeuse", cit., punto 66, 4 aprile 1995, causa C-350/93, *Commissione c. Italia* - "ENI/Lanerossi", in *Racc.* 1997, p. I-699, punto 21, 29 aprile 2004, *Germania c. Commissione*, cit., punto 76.

<sup>5</sup> Reg. 659/1999/CE del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1.

normativa europea sugli aiuti di Stato: nel diritto dell'Unione, il recupero degli aiuti illegali e incompatibili rientra nella responsabilità sia della Commissione sia dello Stato membro interessato. Alla prima appartiene la competenza esclusiva *ex art. 108 TFUE di dichiarare, sotto il controllo delle Corti dell'UE, l'incompatibilità di un aiuto con il mercato interno*<sup>6</sup> e disporre il recupero qualora l'aiuto sia stato già erogato. Al secondo e ai giudici nazionali spetta il compito di assicurare l'esecuzione delle decisioni negative della Commissione corredate da un ordine di recupero dell'aiuto incompatibile.

In considerazione della condivisione di questa responsabilità con gli Stati membri e delle difficoltà inerenti all'esecuzione delle sue decisioni di recupero, specie se relative ai regimi di aiuti, nel 2007 la Commissione ha adottato la Comunicazione intitolata *Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili*<sup>7</sup>. La Comunicazione illustra i principi della politica di recupero e la prassi della Commissione in materia, allo scopo di accrescere la consapevolezza delle autorità e dei giudici nazionali e agevolarne così il compito. Ad essa ha fatto seguito nel 2009 la *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*<sup>8</sup>, il cui obiettivo è informare i giudici degli Stati membri e i terzi interessati dei rimedi disponibili in caso di violazione delle norme sugli aiuti di Stato, fornendo orientamenti sull'applicazione di tali norme.

Come tutti gli strumenti di questo tipo (c.d. atti di *soft law*), le due Comunicazioni non hanno carattere cogente ma in-

terpretativo, nel senso che riportano l'interpretazione delle norme e dei principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza delle Corti dell'UE. La Comunicazione del 2009 precisa espressamente di non essere vincolante per i giudici nazionali né di pregiudicarne l'indipendenza e di non incidere sui diritti ed obblighi degli Stati membri e dei soggetti dell'ordimento UE derivanti dal diritto dell'Unione (v. punto 99).

Per loro natura, tuttavia, le Comunicazioni vincolano la Commissione al rispetto dei principi che vi sono enunciati, lasciando impregiudicata l'interpretazione delle disposizioni del Trattato e degli atti di diritto derivato da parte dei giudici dell'Unione (v. punto 80 della Comunicazione del 2007 e punto 7 della Comunicazione del 2009).

2. *Le procedure di recupero e il principio di effettività delle decisioni della commissione.* – Secondo una giurisprudenza consolidata, in mancanza di disposizioni europee sulla procedura di recupero degli aiuti versati illegittimamente, si applicano le modalità previste dal diritto nazionale. Spetta dunque agli Stati membri stabilire le modalità e le procedure da seguire per procedere al recupero degli aiuti, designare i giudici competenti e fissare le procedure giurisdizionali di ricorso (principio di autonomia processuale)<sup>9</sup>.

La Corte ha espressamente riconosciuto che uno Stato membro, obbligato a recuperare gli aiuti concessi illegittimamente sulla base di una decisione della Commissione, è libero di scegliere i mezzi con cui adempiere tale obbligo<sup>10</sup>. Nello scegliere le misure e le procedure da seguire, tuttavia, ciascuno Stato deve assicurare che queste non siano in contrasto

<sup>6</sup> C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Repubblica francese* - "Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires", in *Racc.* 1993, p. I-5505, punto 9, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Weinlig c. Repubblica federale di Germania* - "Steinike", in *Racc.* 1979, p. 595, punto 9.

<sup>7</sup> Comunicazione della Commissione 2007/C 272/05, in G.U.U.E. C-272, 15 novembre 2007, p. 4.

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1.

<sup>9</sup> C. giust. UE, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH* - "Alcan", in *Racc.* 1999, p. I-1591, punto 24, 26 giugno 2003, *Commissione c. Spagna*, cit., punto 22.

<sup>10</sup> C. giust. UE, 12 dicembre 2002, causa C-209/00, *Commissione c. Germania* - "WestLB", in *Racc.* 2004, p. I-11695, punto 34, 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2011, p. I-5703, punto 67.

con la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione.

Queste regole sono fissate nell'art. 14 § 3 Reg. 659/1999, a norma del quale il recupero degli aiuti illegali incompatibili deve essere effettuato «senza indugio» in base alle procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato ma «a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione».

La norma riflette i requisiti imposti dal principio di effettività sancito dalla giurisprudenza<sup>11</sup>. Conformemente a questo principio, le procedure disponibili nell'ordinamento dello Stato membro o da questo utilizzate per eseguire la decisione della Commissione devono essere applicate dalle autorità nazionali in modo da favorire la corretta e tempestiva applicazione del diritto dell'Unione<sup>12</sup> e da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso il recupero<sup>13</sup>.

Questo vale non solo per le amministrazioni dello Stato ma anche per i giudici nazionali investiti del contenzioso sulle misure di esecuzione della decisione della Commissione. Questi ultimi, in particolare, sono tenuti a interpretare le disposizioni del diritto nazionale in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto dell'UE, cioè «a garantire la piena effettività della decisione che ordina il recupero dell'aiuto illegittimo ed a giungere ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da tale decisione»<sup>14</sup>. Per questa ragione, se necessario, i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare eventuali disposizioni della legislazione interna contrastanti con il principio di effettività<sup>15</sup>.

Su questa base, la Corte ha concluso che l'autorità nazionale competente è tenuta a revocare l'atto di concessione dell'aiuto, conformandosi alla decisione definitiva della Commissione, anche se il termine previsto a tal fine dal diritto nazionale è scaduto<sup>16</sup>. Ha anche chiarito che le autorità dello Stato interessato sono tenute ad impugnare qualsiasi sentenza nazionale che priva di effetto la decisione della Commissione per ragioni dovute all'applicazione delle norme nazionali in tema di prescrizione o prove<sup>17</sup>.

La giurisprudenza ha anche riconosciuto la necessità di disapplicare la normativa nazionale che prescrive un effetto sospensivo automatico dei ricorsi proposti contro i titoli di riscossione nazionali emessi per il recupero di un aiuto. Secondo la Corte, infatti, la sospensione *automatica* dell'efficacia delle misure nazionali di recupero è in contrasto con gli obiettivi perseguiti dalle regole sugli aiuti di Stato e non soddisfa i requisiti previsti dall'art. 14 § 3 Reg. 659/1999<sup>18</sup>.

La Corte, inoltre, ha statuito che si debba disapplicare la norma che sancisce il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui la sua applicazione renda impossibile il recupero di un aiuto di Stato illegale di cui la Commissione ha dichiarato l'incompatibilità con una decisione definitiva *anteriore* alla pronuncia giurisdizionale dotata di forza di giudicato<sup>19</sup>. La Corte ha comunque chiarito che il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale<sup>20</sup>. La disapplicazione di tali norme, pertanto, dipende

<sup>11</sup> C. giust. UE, 2 febbraio 1989, causa 94/87, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1991, p. 175, punto 12.

<sup>12</sup> C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA - "Lucchini"*, in *Racc.* 2009, p. I-6199, punto 60.

<sup>13</sup> C. giust. UE, 21 marzo 1990, "Tubemeuse", cit., punto 61, e 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1992, p. I-3437, punto 12, 20 marzo 1997, "Alcan", cit., punto 24.

<sup>14</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-304/09, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2012, p. I-13903 punto 44.

<sup>15</sup> C. giust. UE, 18 luglio 2007, "Lucchini", cit., punti 60 e 61.

<sup>16</sup> C. giust. UE, 20 marzo 1997, "Alcan", cit., punto 38.

<sup>17</sup> C. giust. UE, 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punto 78.

<sup>18</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione c. Francia*, - "Scott", in *Racc.* 2008, p. I-10071, punti 51 e ss.

<sup>19</sup> C. giust. UE, 18 luglio 2007, "Lucchini", cit., punto 63.

<sup>20</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-507/08, *Commissione c. Repubblica slovacca*, in *Racc.* 2012, p. I-13489, punto 60.

dalle circostanze giuridiche e fattuali del caso di specie, dal contesto in cui si è formato il giudicato e dall'esistenza di strumenti del diritto nazionale idonei a consentire il recuperare dell'aiuto senza dover rimettere in discussione pronunce giurisdizionali divenute definitive.

3. *Le eccezioni all'ordine di recupero.* – Il Reg. 659/1999 prevede due limiti al potere della Commissione di ordinare il recupero di aiuti illegali e incompatibili. Il primo è previsto all'art. 14 § 1 del regolamento, ove si esclude che si possa disporre il recupero dell'aiuto nei casi in cui ciò sia contrario a un principio generale del diritto europeo.

Tra i principî generali che possono entrare in gioco figurano la tutela del legittimo affidamento, la certezza del diritto<sup>21</sup>, la proporzionalità<sup>22</sup>, la buona amministrazione<sup>23</sup>, la parità di trattamento e non discriminazione<sup>24</sup>, il rispetto dei diritti di difesa<sup>25</sup>. Di tali principî, tuttavia, la giurisprudenza ha dato un'interpretazione molto restrittiva in materia di aiuti così da limitarne l'applicazione a casi rarissimi caratterizzati da circostanze molto particolari se non eccezionali<sup>26</sup>.

La giurisprudenza, ad esempio, riconosce che il principio della tutela del legittimo affidamento può essere invocato dal beneficiario dell'aiuto a condizione che questi disponga di assicurazioni sufficientemente precise, risultanti da un intervento attivo della Commissione, che gli consentano di ritenere che una misura

non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE<sup>27</sup>.

Dato il carattere imperativo delle norme del Trattato sugli aiuti di Stato, tuttavia, la Corte ritiene che il beneficiario di un aiuto possa fare legittimo affidamento nella regolarità dell'aiuto solamente se questo sia stato concesso nel rispetto della procedura di controllo prevista all'art. 108 TFUE<sup>28</sup>. Un operatore economico diligente, infatti, normalmente deve essere in grado di accertare se tale procedura è stata rispettata e quindi di prevedere l'adozione di una decisione da parte della Commissione idonea a ledere i suoi interessi<sup>29</sup>.

Per questa ragione, uno Stato membro le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione dell'art. 108 TFUE non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per eseguire la decisione della Commissione di recuperare l'aiuto<sup>30</sup>.

La giurisprudenza tuttavia non esclude che il beneficiario di un aiuto illegittimamente versato possa invocare circostanze eccezionali sulle quali ha potuto fondare il proprio affidamento nella natura regolare dell'aiuto e, di conseguenza, opporsi alla sua ripetizione. In un'ipotesi del genere, spetterà al giudice nazionale eventualmente adito valutare le circostanze del caso di specie, se necessario dopo aver proposto alla Corte una domanda pregiudiziale d'interpretazione<sup>31</sup>.

<sup>21</sup> Trib. UE, 21 marzo 2012, cause riunite T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV e T-69/06 RENV, *Irlanda, Repubblica francese, Repubblica italiana, Eurallumina SpA e Aughinish Alumina Ltd c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 105.

<sup>22</sup> C. giust. UE, 21 marzo 1990, "Tubemeuse", cit., punto 66.

<sup>23</sup> Trib. UE, 21 marzo 2012, *Irlanda, Repubblica francese, Repubblica italiana, Eurallumina SpA e Aughinish Alumina Ltd c. Commissione*, cit., punto 109.

<sup>24</sup> C. giust. UE, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, in *Racc.* p. I-5479, punti 170 e ss.

<sup>25</sup> Trib. UE, 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *EURL Le Levant 001 e a. c. Commissione*, p. II-0267, punto 97.

<sup>26</sup> C. giust. UE, 24 novembre 1987, causa 223/85, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV contro Commissione - "RSV"*, in *Racc.* 1999, p. 4617, punto 16-17.

<sup>27</sup> Trib. UE, 30 novembre 2009, cause riunite T-427/04 e T-17/05, *Repubblica francese e France Télécom SA c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-4315, punto 261 e giurisprudenza citata.

<sup>28</sup> C. giust. UE, 22 aprile 2008, causa C-408/04 P, *Commissione c. Salzgitter AG*, in *Racc.* 2010, p. I-2767, punto 104 e giurisprudenza citata.

<sup>29</sup> C. giust. UE, 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninklijke Friesland-Campina NV.*, in *Racc.* I-8495, punto 84.

<sup>30</sup> C. giust. UE, 19 giugno 2008, causa C-39/06, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 2010, p. I-93, punto 24.

<sup>31</sup> C. giust. UE, 20 settembre 1990, "Alcan", cit., punto 16.

Il secondo limite al potere di recupero della Commissione è previsto all'art. 15 Reg. 659/1999, a norma del quale al recupero si applica un periodo di prescrizione di 10 anni che decorre dal momento in cui l'aiuto è concesso al beneficiario. Per "concessione" s'intende il momento in cui l'aiuto è stato effettivamente messo a disposizione dell'impresa e non quello in cui la misura istitutiva del regime alla base dell'aiuto è stata adottata<sup>32</sup>.

La determinazione del *dies a quo* dipende dalla natura e dalla forma dell'aiuto. Nel caso di un regime di aiuti pluriennale consistente in versamenti ripetuti o nella concessione periodica di vantaggi, l'aiuto si considera concesso al beneficiario solo alla data in cui è stato effettivamente erogato a quest'ultimo. Nel caso di aiuti fiscali o parafiscali il termine di prescrizione inizia a decorrere ogni anno alla data in cui il versamento della tassa è dovuto e ricomincia a decorrere ad ogni concessione effettiva, eventualmente annuale, del vantaggio<sup>33</sup>.

La giurisprudenza interpreta l'obbligo di esecuzione dell'ordine di recupero da parte dello Stato in modo così rigoroso da renderlo *de facto* un'obbligazione di risultato. La Corte ha riconosciuto un'unica eccezione a quest'obbligo, nel caso di circostanze eccezionali da cui derivi l'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione di recupero della Commissione<sup>34</sup>.

L'impossibilità assoluta di adempiere non è soddisfatta quando lo Stato interessato si limita a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche, politiche o pratiche che presenta l'esecuzione della decisione, senza intraprendere vere iniziative per recuperare l'aiuto presso le im-

prese beneficiarie e senza proporre alla Commissione altre modalità di esecuzione della decisione che consentano di superare le difficoltà segnalate<sup>35</sup>. Neppure rientrano nel concetto di assoluta impossibilità difficoltà relative all'identificazione dei beneficiari, al calcolo dell'importo degli aiuti da recuperare e alla scelta o attuazione delle procedure di recupero, le quali costituiscono difficoltà interne imputabili alle azioni o alle omissioni delle autorità nazionali<sup>36</sup>.

Se, nell'esecuzione della decisione, uno Stato incontra difficoltà imprevedute e imprevedibili o si rende conto di conseguenze non considerate dalla Commissione, deve sottoporle alla sua valutazione, proponendo modifiche appropriate della decisione. Lo Stato e la Commissione devono collaborare in buona fede per superare tali difficoltà nel pieno rispetto delle regole sugli aiuti di Stato<sup>37</sup>, in forza del principio che impone loro doveri reciproci di leale cooperazione, sancito dall'art. 4 § 3 TFUE. Se, nonostante le difficoltà riscontrate, lo Stato omette di proporre alla Commissione opportune modifiche alla decisione, la mancata esecuzione non può ritenersi giustificata.

La Corte ha chiarito che l'impossibilità assoluta di eseguire una decisione della Commissione non può invalidare la decisione perché l'impossibilità appare solo nella fase dell'esecuzione ed eventuali difficoltà, procedurali o di altro tipo, nell'esecuzione dell'atto non possono incidere sulla sua legittimità. La validità della decisione può tuttavia essere contestata se la Commissione impone un obbligo la cui esecuzione è, fin dall'origine, in maniera obbiettiva e assoluta, impossibile da realizzare<sup>38</sup>. Su questa base la Commissione

<sup>32</sup> C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-81/10 P, *France Télécom SA c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 80.

<sup>33</sup> C. giust. UE, 8 dicembre 2011, *France Télécom SA c. Commissione*, cit., punti 82-84.

<sup>34</sup> C. giust. UE, 20 settembre 2007, causa C-177/06, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2009, p. I-7689, punto 46 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>35</sup> C. giust. UE, 14 dicembre 2006, cause riunite da C-485/03 a C-490/03, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2008, p. I-11887, punto 74, e giurisprudenza ivi citata.

<sup>36</sup> C. giust. UE, 13 novembre 2008, causa C-214/07, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2010, p. I-8357, punto 50.

<sup>37</sup> C. giust. UE, 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1997, p. I-673, punto 17, 1° aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2006, p. I-3353, punto 17; 1° giugno 2006, causa C-207/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2008, p. I-0070, punto 47, e 6 dicembre 2007, causa C-280/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2009, p. I-181, punto 20.

<sup>38</sup> C. giust. UE, 17 giugno 1999, "Maribelbis/ter", cit., punto 86.

non ha imposto il recupero degli aiuti concessi in base ad un regime fiscale dichiarato incompatibile, ritenendo che l'attuazione dell'ordine di recupero sarebbe risultato impossibile in termini oggettivi e assoluti poiché le banche date catastali, per come strutturate, non consentivano di elaborare le informazioni necessarie per individuare gli immobili beneficiari dell'aiuto e calcolare l'importo da rimborsare<sup>39</sup>.

La Corte e la Commissione hanno anche ammesso l'esistenza di un'impossibilità assoluta in mancanza di attivi recuperabili presso l'impresa beneficiaria posta in liquidazione<sup>40</sup> e, nel caso di aiuti fiscali, se i beneficiari non possono essere identificati per mancanza di dati disponibili dovuta alla normativa nazionale che impone la conservazione dei documenti contabili per un periodo limitato<sup>41</sup>.

## II. GLI ORDINI DI RECUPERO NAZIONALI E LA LORO IMPUGNAZIONE

1. *L'impugnazione dell'ordine di recupero nazionale.* – Le misure nazionali di esecuzione della decisione di recupero della Commissione dipendono dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso (esenzione o agevolazione fiscale, prestito a condizioni non di mercato, garanzia, ricapitalizzazione, contributo diretto o indiretto, applicazione di tariffe preferenziali, ecc.) e dalle procedure per l'adozione dell'ordine di recupero nazionale previste dall'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro. Ne deriva che il giudice competente a decidere della loro impugnazione e, almeno in parte, i motivi alla base di quest'ultima dipenderanno dalla natura specifica dell'ordine nazionale e dalla procedura seguita per la sua adozione.

L'impugnazione dell'ordine nazionale di recupero può essere basata sia su mo-

tivi attinenti alla violazione delle norme di diritto interno (che disciplinano forma e contenuto dell'atto e procedura per la sua adozione) sia su motivi di diritto dell'UE. Tra questi ultimi possono rientrare motivi attinenti alla validità della decisione della Commissione, con conseguente richiesta al giudice nazionale di disporre un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFEU. Questa possibilità, tuttavia, è ammessa a condizione che il beneficiario dell'aiuto abbia impugnato la decisione davanti al Tribunale dell'UE direttamente o tramite un'associazione di categoria (v. *infra* § II.2.), a condizione beninteso che avesse titolo a contestare la legittimità della decisione mediante ricorso di annullamento (legittimazione attiva *ex art.* 263 § 4 TFUE).

Tra i motivi d'impugnazione dell'ordine nazionale può figurare l'erronea individuazione del beneficiario dell'aiuto e quindi del destinatario dell'ordine di restituzione. Secondo la Corte, il ripristino dello *status quo ante* cui mira il recupero dell'aiuto è raggiunto quando questo è restituito dal beneficiario effettivo, vale a dire dall'impresa o dalle imprese che ne hanno tratto effettivo vantaggio<sup>42</sup>.

Alla luce di questo principio, un'impresa appartenente ad un gruppo all'interno del quale esistono meccanismi di trasferimento di attivi tra imprese collegate, non può essere tenuta a rimborsare un aiuto illegittimo se non ne ha avuto il godimento effettivo perché i suddetti meccanismi di trasferimento sono stati utilizzati a suo svantaggio e non a suo profitto<sup>43</sup>.

Nel caso invece in cui la società beneficiaria di un aiuto o i suoi attivi siano venduti ad un'altra impresa occorrerà considerare le modalità dell'acquisizione, ed in particolare: il prezzo effettivamente pagato, la forma usata per la cessione,

<sup>39</sup> Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2012, C(2012) 9461 final, relativa all'aiuto di Stato SA.20829 - Regime riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici.

<sup>40</sup> C. giust. UE, 2 luglio 2002, causa C-499/99, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2004, p. I-6031, punto 37.

<sup>41</sup> C. giust. UE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Francia*, cit., punti 13, 22 e 48.

<sup>42</sup> C. giust. UE, 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-1433, punto 57.

<sup>43</sup> Tri. UE, 19 ottobre 2005, causa T-324/00, *CDA Datenträger Albrechts GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-4309, punto 93.

l'oggetto della stessa (*share deal* o *asset deal*), il perimetro del trasferimento (e quindi il mantenimento o meno di un certo numero di attivi nel patrimonio del beneficiario originario dell'aiuto), la logica economica dell'operazione, l'identità degli azionisti o dei proprietari dell'impresa acquirente e di quella originaria. Tutti questi elementi, insieme ad altri che possono venire in rilievo in ciascun caso concreto, sono attentamente esaminati dalla Commissione per stabilire se vi è continuità o discontinuità economica tra il beneficiario dell'aiuto e l'acquirente. Viene inoltre considerato il momento del trasferimento quale possibile indizio di un effetto di elusione dell'obbligo di recupero (dopo l'inizio dell'indagine da parte della Commissione, l'avvio del procedimento formale *ex art.* 108 § 2 TFUE oppure la decisione finale della Commissione)<sup>44</sup>. In linea di principio, la giurisprudenza ritiene che, se le condizioni finanziarie del trasferimento sono state conformi alle condizioni di mercato, l'elemento di aiuto è stato valutato al prezzo di mercato e incluso nel prezzo di acquisto, con la conseguenza che il venditore conserva il beneficio dell'aiuto<sup>45</sup>. In caso contrario, non si può escludere che l'acquirente possa essere tenuto alla restituzione dell'aiuto, qualora si accerti che questo continua a godere del vantaggio concorrenziale corrispondente al beneficio dell'aiuto<sup>46</sup>. Secondo la Corte, ai fini della verifica delle condizioni economiche della cessione, può essere presa in considerazione la forma utilizzata per il trasferimento, per esempio quella dell'asta pubblica, che si presume garantisca una vendita alle condizioni di mercato, e anche

una perizia eventualmente predisposta in occasione della cessione<sup>47</sup>.

Nell'impugnazione dell'ordine di recupero, il beneficiario può contestare l'erroneità dell'importo dell'aiuto oggetto di rimborso, specie nei casi in cui la sua quantificazione sia particolarmente difficile e controversa a causa della forma dell'aiuto.

Secondo giurisprudenza costante, d'altra parte, la Commissione può limitarsi a rilevare l'obbligo di recupero dell'aiuto, *lasciando alle autorità nazionali, sotto il controllo dei giudizi nazionali*<sup>48</sup>, il compito di determinare l'importo esatto degli importi da rimborsare<sup>49</sup>. Questo a condizione che nella sua decisione la Commissione fornisca elementi che permettano allo Stato destinatario di determinare senza difficoltà eccessive tali importi<sup>50</sup>. Spetterà dunque al giudice nazionale pronunciarsi sul punto, previa eventuale proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte<sup>51</sup>.

L'erroneità dell'importo disposto con l'ordine di recupero nazionale può riguardare anche il calcolo degli interessi che devono essere applicati sulle somme da restituire. La Corte, infatti, ha precisato che l'effettivo ripristino della situazione anteriore alla concessione dell'aiuto può essere realizzato soltanto se il rimborso dell'aiuto è maggiorato di interessi decorrenti dalla data del suo versamento e se i tassi applicati sono rappresentativi dei tassi d'interesse praticati sul mercato dei capitali. Se ciò non avvenisse, il vantaggio derivante dalla disponibilità dell'aiuto per un determinato periodo di tempo non sarebbe misurato correttamente e il beneficiario godrebbe come minimo di un van-

<sup>44</sup> Trib. UE, 13 settembre 2010, cause riunite T-415/05, T-416/05 e T-423/05, *Repubblica ellenica, Olympiakos Aerogrammes AE e Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, in *Racc.* 2012, p. II-4749, punti 135 e 146.

<sup>45</sup> C. giust. UE, 29 aprile 2004, *Germania c. Commissione*, cit., punto 80 e 20 settembre 2001, causa C-390/98, *H.J. Banks & Co. Ltd c. The Coal Authority e Secretary of State for Trade and Industry*, in *Racc.* 2006, p. I-6117, punto 78.

<sup>46</sup> C. giust. UE, 29 aprile 2004, *Germania c. Commissione*, cit., punto 86.

<sup>47</sup> C. giust. UE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Francia*, cit., punti 59 e 60.

<sup>48</sup> C. giust. UE, 21 dicembre 2011, causa C-320/09 P, *A2A SpA, c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 162.

<sup>49</sup> C. giust. UE, 12 maggio 2005, causa C-415/03, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2007, p. I-3875, punto 40.

<sup>50</sup> C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8717, punto 25.

<sup>51</sup> Trib. UE, 15 giugno 2010, causa T-177/07, *Mediaset SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2012, p. II-2341, punto 184 confermata da C. giust. UE, 28 luglio 2011, causa C-403/10 P, *Mediaset SpA c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 128.



taggio corrispondente ad un anticipo di cassa gratuito o ad un prestito agevolato<sup>52</sup>.

L'art. 14 § 2 Reg. 659/1999 stabilisce che l'aiuto da recuperare è maggiorato degli interessi, calcolati in base all'apposito tasso fissato dalla Commissione. Gli interessi decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario fino a quella del suo recupero. Il loro importo deve essere calcolato in conformità della procedura di cui agli artt. 9 e 11 Reg. 794/2004<sup>53</sup>, che si applicano a tutte le decisioni di recupero notificate successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento, successivamente modificati dal Reg. 271/2008<sup>54</sup>. Per le decisioni cui non è applicabile *ratione temporis* il Reg. 794/2004, dovranno considerarsi la Comunicazione della Commissione del 2003<sup>55</sup> o la lettera agli Stati membri del 1995<sup>56</sup>, specie per quanto riguarda la questione dell'applicabilità di un tasso di recupero su base composta o semplice. È solo con la Comunicazione del 2003, infatti, che la Commissione ha annunciato di voler applicare una base composta nel recupero degli interessi sugli aiuti illegali e incompatibili<sup>57</sup>.

L'ordine di recupero può essere contestato per violazione dell'art. 107 § 1 TFUE, e cioè invocando l'insussistenza di uno o più requisiti costitutivi della nozione di aiuto, o per l'erronea qualifica

dell'aiuto come "nuovo" anziché "esistente", ai sensi dell'art. 1, lett. b), Reg. 659/1999.

Questo vale in particolar modo nel caso in cui l'ordine di recupero nazionale riguardi un caso individuale di applicazione di un regime di aiuti oggetto di una decisione negativa della Commissione. Dalla giurisprudenza sui regimi di aiuti illegali e incompatibili, infatti, risulta che, nel caso di un regime di aiuti, la Commissione può limitarsi a studiarne le caratteristiche generali, senza essere tenuta ad esaminare ogni singolo caso di applicazione<sup>58</sup>, al fine di verificare se comporti elementi di aiuto e se questi ultimi siano compatibili con il mercato interno.

In base a questa giurisprudenza, nell'analizzare il regime, la Commissione può limitarsi a esaminarne le caratteristiche generali per valutare se, in base alle sue modalità di funzionamento, assicuri un vantaggio sensibile ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti e sia tale da giovare essenzialmente a imprese che partecipano agli scambi tra Stati membri<sup>59</sup>. Nel valutare la sussistenza dei requisiti dell'incidenza sugli scambi *intra*-UE e della distorsione della concorrenza, previsti dall'art. 107 § 1 TFUE, la Commissione non è tenuta a procedere ad un esame di tutti i settori o attività che hanno beneficiato del regime<sup>60</sup> ma può limitarsi a verificare se alcune delle imprese destinatarie

<sup>52</sup> C. giust. UE, 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck SpA e Acciaierie di Bolzano SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-7869, punto 159.

<sup>53</sup> Reg. 724/2004/CE della Commissione, 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 140, 30 aprile 2004, p. 1.

<sup>54</sup> Reg. 271/2008/CE della Commissione, 30 gennaio 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 82, 25 marzo 2008, p. 1.

<sup>55</sup> Comunicazione della Commissione sui tassi d'interesse da applicarsi in caso di recupero di aiuti illegali, in G.U.U.E. C-110, 8 maggio 2003, p. 21.

<sup>56</sup> Lettera della Commissione agli Stati membri del 22 febbraio 1995 (comunicazione in materia di tassi d'interesse da applicarsi in caso di restituzione di aiuti illegali e incompatibili) in Di-

ritto della concorrenza nelle Comunità europee, volume IIA, regole applicabili agli aiuti di Stato, Bruxelles-Lussemburgo 1999, ISBN 92-828-4008-5 (versione inglese), p. 68.

<sup>57</sup> C. giust. UE, 11 dicembre 2008, causa C-295/07 P, *Commissione c. Département du Loiret e Scott SA*, in *Racc.* 2010, p. I-9363, punto 46.

<sup>58</sup> C. giust. UE, 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano SpA c. Agenzia delle Entrate - "Unicredito Italiano"*, in *Racc.* 2007, p. I-11137, punto 67, 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8855, punto 51, e 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Grecia c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-3997, punto 24.

<sup>59</sup> C. giust. UE, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-2289, punti 89-91.

<sup>60</sup> Trib. UE, 11 giugno 2009, causa T-297/02, *ACEA SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-1683, punto 64, confermata da C. giust. UE, 21 dicembre 2011, causa C-319/09 P, *ACEA SpA c. Commissione*, non ancora pubblicata.

esercitano attività economiche che possono incidere sugli scambi tra Stati membri e falsare la concorrenza<sup>61</sup>.

Nel caso di regimi multisettoriali, l'esistenza di una certa concorrenza in uno o più dei molteplici settori interessati dal regime è tale da consentire alla Commissione di qualificarlo come un aiuto nuovo, illegittimo e incompatibile con il mercato comune, anche se altri settori sono chiusi alla concorrenza<sup>62</sup>. Il fatto che alcune imprese beneficiarie del regime operino solo in settori sottratti alla concorrenza, tuttavia, è rilevante perché implica la possibilità che determinati casi specifici di applicazione del regime siano considerati aiuti esistenti<sup>63</sup> ex art. 1, lett. b), punto v), del Reg. 659/1999, con conseguente venir meno dell'obbligo di recupero nei loro confronti.

L'analisi generale ed astratta di un regime di aiuti e la constatazione della sua illegalità e incompatibilità da parte della Commissione non esclude nemmeno che, in certi casi individuali, l'importo concesso in base al regime non costituisca un aiuto ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE, perché non soddisfa i requisiti costitutivi di questa nozione o rientra nelle norme *de minimis*<sup>64</sup>, oppure non sia soggetto a recupero perché costituisce un aiuto compatibile con il mercato interno, in forza di un regolamento di esenzione per categoria o di un'altra decisione della Commissione<sup>65</sup>.

Quando la Commissione si pronuncia in via generale ed astratta su un regime di aiuti di Stato e lo dichiara incompatibile con il mercato comune, ordinando il recupero degli aiuti erogati in base al medesimo, spetta allo Stato membro verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata dall'operazione di recu-

pero<sup>66</sup>, se del caso, nel contesto di un dialogo con la Commissione, in osservanza del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 4 § 3 TUE<sup>67</sup>.

Ciò implica che per procedere all'adozione degli ordini di recupero nazionali le autorità competenti devono previamente verificare che i benefici concessi in base al regime «costituiscono, in capo a [ciascuno dei] beneficiari, un aiuto di Stato»<sup>68</sup>, in quanto soddisfano tutti i requisiti cumulativi di questa nozione. In altre parole, per ogni caso individuale di applicazione del regime, le autorità nazionali devono accertare se sia applicabile o meno la soglia *de minimis* fissata dai regolamenti in vigore al momento della concessione dell'aiuto e se, avuto riguardo all'attività svolta dalla singola impresa, alle caratteristiche del settore in cui opera e alle modalità e circostanze in cui l'impresa ha svolto la propria attività nel momento in cui ha fruito del regime censurato dalla Commissione, il beneficio di cui ha goduto era idoneo a falsare la concorrenza e a incidere sugli scambi *intra-UE*<sup>69</sup>, e quindi possa essere effettivamente qualificato come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE. Devono inoltre accertare se l'aiuto in questione costituisce un aiuto esistente (perché, ad esempio, l'impresa beneficiaria era attiva solo in un settore non aperto alla concorrenza) oppure rientra nell'ambito di applicazione di un regolamento di esenzione adottato per dispensare dall'obbligo di preventiva notifica certe categorie di aiuti considerati compatibili in applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE.

I risultati delle verifiche posti alla base dell'ordine di recupero nazionale o l'assenza di tali verifiche potranno essere contestati dinanzi al giudice nazionale

<sup>61</sup> C. giust. UE, 9 giugno 2011, cause riunite C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09, Comitato «Venezia vuole vivere», Hotel Cipriani Srl e Società Italiana per il gas SpA (Italgas)/ Commissione - «Comitato «Venezia vuole vivere»», non ancora pubblicata, punto 114 e 129.

<sup>62</sup> C. giust. UE, 21 dicembre 2011, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 128.

<sup>63</sup> Trib. UE, 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 127, C. giust. UE, 21 dicembre 2011, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 129.

<sup>64</sup> Trib. UE., 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 161.

<sup>65</sup> Trib. UE., 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 162.

<sup>66</sup> C. giust. UE, 9 giugno 2011, «Comitato «Venezia vuole vivere»», cit., punto 64.

<sup>67</sup> Trib. UE., 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 163,

<sup>68</sup> C. giust. UE, 9 giugno 2011, «Comitato «Venezia vuole vivere»», cit., punto 183.

<sup>69</sup> C. giust. UE, 9 giugno 2011, «Comitato «Venezia vuole vivere»», cit., punto 115.

che è competente ad interpretare le nozioni di aiuto e di aiuto esistente e può pronunciarsi sulle eventuali peculiarità di ciascun caso di applicazione concreto del regime, proponendo eventualmente una questione pregiudiziale alla Corte<sup>70</sup> ex art. 267 TFUE. Nel far ciò, ovviamente, il giudice nazionale deve aver riguardo agli eventuali accertamenti contenuti nella decisione dalla Commissione<sup>71</sup> e, nel caso di dubbi, sollevare una questione pregiudiziale alla Corte. Lo stesso dicasi ai fini dell'eventuale applicazione di un regolamento di esenzione che, come precisato al considerando 5, Reg. 994/1998<sup>72</sup>, il giudice nazionale è competente ad applicare direttamente, fatto salvo l'art. 267 TFUE e l'art. 4 § 3 TUE.

L'ordine di recupero può essere impugnato invocando anche la violazione delle eccezioni previste all'art. 14 § 1 e all'art. 15 Reg. 659/1999 o di circostanze eccezionali che giustifichino l'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione della Commissione nei confronti del beneficiario dell'aiuto (v. *supra* I. 3).

Secondo la giurisprudenza rientra nella competenza dei soli giudici nazionali valutare le particolari circostanze del caso di specie<sup>73</sup>. Questi, in caso di dubbi, hanno sempre la possibilità di interpellare la Commissione in forza del principio di leale cooperazione<sup>74</sup> o di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte<sup>75</sup>.

2. *Le domande di rinvio pregiudiziale: validità e interpretazione della decisione della Commissione.* – Il beneficiario dell'aiuto che impugna l'ordine di recupero

nazionale può contestare la legittimità della decisione della Commissione per motivi attinenti alla violazione di norme e principi generali del diritto dell'UE, chiedendo al giudice nazionale di sollevare un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tale domanda, tuttavia, è ammissibile solo se il beneficiario dell'aiuto, che avrebbe potuto senza dubbio contestare la legittimità della decisione mediante un'azione di annullamento ex art. 263 § 4 TFUE, ha presentato ricorso al giudice dell'UE, direttamente o indirettamente tramite un'associazione di categoria, nei termini previsti dall'art. 263 § 6 TFUE<sup>76</sup>. Questo è certamente il caso del beneficiario di aiuti oggetto di una decisione negativa della Commissione che lo menziona e tratta individualmente il suo caso, e che ha ricevuto copia della decisione dallo Stato interessato, con l'espressa segnalazione della possibilità di contestarla davanti al giudice dell'Unione<sup>77</sup>.

Se il beneficiario di un aiuto che avrebbe potuto impugnare la decisione della Commissione lascia decorrere il termine di ricorso davanti al Tribunale dell'Unione, la possibilità di presentare la domanda di rinvio pregiudiziale di validità gli è invece preclusa<sup>78</sup>. Ammettere che il beneficiario possa opporsi all'esecuzione della decisione della Commissione eccedendone l'illegittimità, dinanzi al giudice nazionale, infatti, equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza del termine di ricorso previsto all'art. 263 § 6 TFUE<sup>79</sup>.

<sup>70</sup> Trib. UE, 11 giugno 2009, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 163, confermata da C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 141.

<sup>71</sup> C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 141.

<sup>72</sup> Reg. 994/1998/CE del Consiglio, 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato, in G.U.C.E. L 142, 14 maggio 1998, p. 1.

<sup>73</sup> C. giust. UE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Francia*, cit., punto 64.

<sup>74</sup> C. giust. UE, 11 luglio 1996, "SFEP", cit., punti 49 e 50 e Comunicazione della Commissione 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1, punti 77 e ss.

<sup>75</sup> Trib. UE, 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) BV c. Commissione - "Kuwait Petroleum"*, in *Racc.* 2008, p. II-1475, punto 69, C. giust. UE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, cit., punti 13-16.

<sup>76</sup> V. C. giust. UE, 15 dicembre 2005, *Unicredito Italiano*, cit., punti 32 e ss., Concl. Stix Hackl, 18 settembre 2005, "Unicredito Italiano", cit., punti 26-31.

<sup>77</sup> C. giust. UE, 9 marzo 1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica Federale di Germania - "TWD Textilwerke Deggendorf"*, in *Racc.* 1996, p. I-833, punti 3, 11, 24 e 25.

<sup>78</sup> C. giust. UE, 9 marzo 1994 "TWD Textilwerke Deggendorf", cit., punto 17.

<sup>79</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, "Scott", cit., punto 59.

La Corte ha ammesso la ricevibilità di quesiti pregiudiziali di validità, presentati dai beneficiari di un regime di aiuti e di alcune misure di attuazione del medesimo dichiarati illegali ed incompatibili dalla Commissione, sebbene il ricorso di annullamento della decisione che tali soggetti avevano proposto fosse tardivo<sup>80</sup>. La Corte è giunta a questa conclusione perché ha ritenuto che non fosse manifesto che un ricorso di annullamento da essi proposto nei confronti della decisione controversa sarebbe stato ricevibile.

In alcune recenti pronunce la Corte ha chiarito che i beneficiari effettivi di aiuti individuali concessi in base ad un regime di aiuti di cui la Commissione ha ordinato il recupero sono, per tale ragione, individualmente interessati dalla decisione della Commissione ai sensi dell'art. 263 § 4 TFUE e quindi, in linea di principio, legittimati a presentare ricorso contro di essa. Secondo questa giurisprudenza l'obbligo di recupero imposto da una decisione della Commissione su un regime di aiuti *individualizza sufficientemente* tutti i beneficiari del regime, poiché questi ultimi sono esposti, fin dall'adozione della decisione, al rischio che i vantaggi che hanno ottenuto in virtù del regime siano recuperati, e vedono così lesa la loro posizione giuridica<sup>81</sup>. L'eventualità che i vantaggi concessi in base al regime successivamente non siano recuperati presso i beneficiari non esclude che questi siano considerati individualmente interessati.

La Corte ha anche considerato l'impatto che il riconoscimento della ricevibilità dei ricorsi dei beneficiari effettivi di un regime contro la decisione negativa della Commissione avrebbe avuto sul diritto di far valere l'invalidità della decisione nell'ambito di un procedimento nazionale. A questo riguardo, ha precisato

che i soggetti che si trovano nella situazione dei beneficiari effettivi di un regime di aiuti oggetto di una decisione di recupero della Commissione sono tenuti ad impugnare la decisione dinanzi al Tribunale dell'Unione per tutelare i loro interessi solamente quando debba ritenersi che un simile ricorso sia senz'altro ricevibile<sup>82</sup>. Quando non sussistono dubbi, ai sensi della giurisprudenza, sulla ricevibilità del ricorso diretto di tali soggetti, è ragionevole attendersi che questi lo propongano nel termine di due mesi stabilito dall'art. 263 TFUE.

Il fatto che il beneficiario dell'aiuto abbia perso il diritto di presentare una domanda di rinvio pregiudiziale di validità sulla decisione della Commissione non preclude la possibilità per il giudice nazionale di rivolgere tali questioni alla Corte *ex officio*<sup>83</sup>.

Il giudice *a quo* dovrà comunque assicurarsi che le questioni sulla validità della decisione sollevati abbiano una certa relazione con le circostanze concrete o l'oggetto della causa principale e quindi siano rilevanti per la sua soluzione. In caso contrario, infatti, la Corte potrebbe decidere di non pronunciarsi e considerarle irricevibili.

In sede d'impugnazione dell'ordine di recupero nazionale, il beneficiario dell'aiuto può presentare anche una domanda di rinvio pregiudiziale d'interpretazione della decisione della Commissione o delle disposizioni del Trattato o di diritto derivato in materia di aiuti (ma non solo) tra cui, per esempio, l'art. 107 TFUE, alcune disposizioni del Reg. 659/1999 o alcuni principî generali del diritto dell'Unione<sup>84</sup>. Non è escluso che la *proposizione di quesiti d'interpretazione* possano rendersi necessari, e siano concretamente proposti, a seguito della sentenza con cui

<sup>80</sup> C. giust. UE, 26 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e a., Marco Scalas e Renato Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2008, p. I-1875, punto 34.

<sup>81</sup> C. giust. UE, 9 giugno 2011, "Comitato «Venezia vuole vivere»", cit., punti 56 e 57, C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 56.

<sup>82</sup> C. giust. UE, 9 giugno 2011, "Comitato «Venezia vuole vivere»", cit., punto 59.

<sup>83</sup> C. giust. UE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*. - "Cassa di Risparmio di Firenze e a.", in *Racc.* 2008, p. I-0289, punto 72 e ss.

<sup>84</sup> V. C. giust. UE, 15 dicembre 2005, "Unicredito Italiano", cit.

il Tribunale o la Corte si sono pronunciati sulla validità della decisione della Commissione.

Come per il rinvio di validità, il rinvio pregiudiziale d'interpretazione può essere sollevato dal giudice nazionale anche d'ufficio, e cioè in assenza di una specifica richiesta in tal senso del beneficiario<sup>85</sup>.

3. *La richiesta di provvedimenti cautelari.* – In sede d'impugnazione delle misure interne di esecuzione della decisione di recupero della Commissione, il beneficiario può presentare una richiesta di provvedimenti cautelari (istanza di sospensione dell'efficacia dell'ordine di recupero nazionale oppure del procedimento pendente in attesa che il giudice europeo si pronunci sulla validità della decisione della Commissione).

La concessione di questi provvedimenti risponde all'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva che costituisce un principio generale di diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ed è stato sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU<sup>86</sup>. La concessione di tali provvedimenti, tuttavia, deve essere conciliata con i principi fondamentali in materia di recupero dell'aiuto, sanciti dalla giurisprudenza e dall'art. 14 § 3 Reg. 659/1999, secondo i quali il recupero deve essere effettuato dallo Stato interessato senza indugio in base a procedure che consentano un'esecuzione immediata ed effettiva delle decisione della Commissione<sup>87</sup>. Secondo la giurisprudenza, d'altra parte, in forza dell'art. 14 § 3 Reg. 659/1999, i giudici nazionali sono tenuti a garantire la piena effettività della decisione della Commissione che ordina il recupero di un aiuto illegittimo<sup>88</sup>.

La richiesta di provvedimenti cautelari presentata dal beneficiario va esaminata alla luce di questi requisiti e del sistema di controllo giurisdizionale degli atti dell'Unione prefigurato dal Trattato. In tale sistema, gli atti delle istituzioni europee, incluse le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, si presumono legittimi, e pertanto producono effetti giuridici, fino a quando non sono revocati dalla Commissione o annullati nell'ambito di un ricorso per annullamento o dichiarati invalidi a seguito di un rinvio pregiudiziale o di un'eccezione di illegittimità alla Corte di giustizia<sup>89</sup>.

A norma dell'art. 278 TFUE, la proposizione di un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale dell'UE contro una decisione della Commissione che ordina il recupero di un aiuto di Stato illegale ed incompatibile con il mercato interno di per sé non ha effetto sospensivo<sup>90</sup>. Lo stesso vale per l'impugnazione dinanzi alla Corte delle sentenze del Tribunale che hanno per oggetto la validità della decisione. In base all'art. 278 TFUE, la sospensione dell'efficacia ed esecuzione della decisione della Commissione può essere disposta dal Tribunale con ordinanza solo su apposita richiesta dello Stato membro interessato o del beneficiario dell'aiuto che abbiano presentato un ricorso di annullamento contro la decisione della Commissione. Ciò a condizione che sussistano i presupposti relativi al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora* (interpretati in modo molto restrittivo alla luce della giurisprudenza).

In materia di recupero degli aiuti di Stato, la Corte ha sancito<sup>91</sup> che provvedimenti cautelari sospensivi a livello nazionale possono essere concessi solo se ricorrono le condizioni fissate dalla giurispru-

<sup>85</sup> V. C. giust. UE, 10 gennaio 2006, "Cassa di Risparmio di Firenze e a.", cit.

<sup>86</sup> C. giust. UE, 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern* - "Unibet", in *Racc.* 2009, p. I-2271, punto 37.

<sup>87</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, "Scott", cit., punti 43 e ss.

<sup>88</sup> C. giust. UE, 20 maggio 2010, causa C-210/09, *Scott SA e Kimberly Clark SAS c. Ville d'Orléans* - "Scott e Kimberly Clark", in *Racc.* 2012, p. I-4613, punto 29.

<sup>89</sup> C. giust. UE, 15 giugno 1994, causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF e a.*, in *Racc.* 1996, p. I-2555, punto 48, e 8 luglio 1999, causa C-245/92 P, *Chemie Linz c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. I-4643, punto 93.

<sup>90</sup> C. giust. UE, 6 dicembre 2007, *Commissione c. Italia*, cit., punto 21.

<sup>91</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 45, 6 ottobre 2011, causa C-302/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punti 46 e ss.

denza che ha riconosciuto la possibilità per il giudice nazionale di sospendere una misura interna fondata su un atto delle istituzioni dell'Unione. Conformemente a tale giurisprudenza<sup>92</sup>, le condizioni per la concessione di simili provvedimenti sono particolarmente rigorose.

In primo luogo, è necessario che il giudice nazionale nutra gravi riserve sulla validità della decisione della Commissione. Il giudice, pertanto, è tenuto ad effettuare un rinvio pregiudiziale sulla validità della decisione *ex art. 267 TFUE* nel caso in cui tale questione non sia già stata sottoposta all'esame dei giudici dell'Unione (a seguito di un ricorso di annullamento della decisione della Commissione proposto dal beneficiario dell'aiuto ai sensi dell'art. 263 TFUE oppure di un rinvio pregiudiziale sollevato dal medesimo o altro giudice nazionale).

Nel concedere il provvedimento provvisorio, il giudice nazionale non può limitarsi a sottoporre alla Corte un rinvio pregiudiziale di validità della decisione ma deve indicare i motivi per cui ritiene che la Corte dovrebbe dichiararne l'invalidità<sup>93</sup>.

Analogamente, la decisione di un giudice nazionale, che intenda sospendere il procedimento pendente dinanzi ad esso perché la legittimità della decisione della Commissione che impone il recupero è contestata dinanzi al Tribunale dell'UE, deve giustificare tale sospensione esponendo gli argomenti per cui ritiene che sussistano ragioni d'invalidità della decisione<sup>94</sup>. Questo requisito, secondo la Corte, è necessario appunto perché un ricorso di annullamento al Tribunale contro una decisione che ordina il recupero di un aiuto non ha effetto sospensivo sul-

l'obbligo di dare esecuzione alla decisione. Lo stesso dicasi quando la sentenza del Tribunale, pronunciata nell'ambito di tale ricorso, costituisce oggetto di un'impugnazione dinanzi alla Corte<sup>95</sup>.

In secondo luogo, occorre che il giudice nazionale riscontri la sussistenza degli estremi dell'urgenza, vale a dire che i provvedimenti provvisori siano necessari per evitare che il beneficiario dell'aiuto che li richiede subisca un danno grave e irreparabile.

In terzo luogo, il giudice deve tener pienamente conto dell'interesse dell'Unione<sup>96</sup> e farvi riferimento al momento di pronunciarsi sulla richiesta di provvedimento cautelare avanzata dal beneficiario<sup>97</sup>. La Corte ha peraltro precisato che spetta al giudice nazionale, che deve valutare tale interesse nell'ambito di una domanda di provvedimenti provvisori, decidere, ai sensi delle norme processuali nazionali, quale sia il modo più idoneo per acquisire tutte le informazioni utili al riguardo<sup>98</sup>.

In quarto luogo, occorre che nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le eventuali pronunce rese dal Tribunale e dalla Corte in ordine alla legittimità della decisione della Commissione così come un'eventuale ordinanza emessa nell'ambito di un procedimento sommario instaurato dinanzi al Tribunale o alla Corte per la concessione di provvedimenti provvisori analoghi nei riguardi della decisione<sup>99</sup>.

Le suddette condizioni, ovviamente, devono essere rispettate anche nel caso in cui la domanda di provvedimenti cautelari sia presentata dal beneficiario nel corso del procedimento in appello in cui è contestato l'annullamento in primo grado

<sup>92</sup> C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn* - "Zuckerfabrik", in *Racc.* 1993, p. I-415, punti 23 e ss., 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, "Atlanta", in *Racc.* 1997, p. I-3761, punto 51.

<sup>93</sup> C. giust. UE, 9 novembre 1995, "Atlanta", cit., punto 36.

<sup>94</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 51.

<sup>95</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 51.

<sup>96</sup> C. giust. UE, 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punto 53.

<sup>97</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 54.

<sup>98</sup> C. giust. UE, 17 luglio 1997, causa C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* - "Krüger", in *Racc.* 1999, p. I-4517, punto 46.

<sup>99</sup> C. giust. UE, 17 luglio 1997, "Krüger", cit., punto 47.

della misura nazionale di esecuzione dell'ordine di recupero della Commissione.

### III. LA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER MANCATA EMANAZIONE DELL'ORDINE DI RECUPERO NAZIONALE. RINVIO

Come noto, il divieto di dare esecuzione al progetto di aiuto, previsto all'art. 108 § 3, ultima frase, TFUE ha efficacia immediata e diretta. La disposizione conferisce quindi diritti ai singoli, di cui le giurisdizioni degli Stati membri dell'Unione sono tenuti a garantire la salvaguardia<sup>100</sup>. La Corte ha chiarito che ai giudici nazionali spetta il compito di tutelare i diritti delle parti lese dalla distorsione della concorrenza provocata dalla concessione dell'aiuto<sup>101</sup> ed assicurare che saranno tratte tutte le conseguenze derivanti dalla violazione della suddetta norma, conformemente al loro diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti di attuazione delle misure d'aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti concessi in sua violazione<sup>102</sup>. Ne deriva che la violazione della clausola di sospensione di cui all'art. 108 § 3 TFUE può far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato, e quindi dar luogo ad azioni di risarcimento dei danni ai sensi della giurisprudenza formatasi sulla scorta delle sentenze *Francovich*<sup>103</sup> e *Brasserie du Pêcheur*<sup>104</sup>, se sono soddisfatte le condizioni da essa previste, e cioè: 1) la norma violata sia preordinata a conferire diritti ai sin-

goli; 2) la sua violazione sia grave/sufficientemente caratterizzata; 3) sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e il danno subito dall'interessato.

Come precisato dalla giurisprudenza più recente<sup>105</sup>, le tre condizioni citate sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive in base al diritto nazionale.

La Commissione ritiene che, al pari della violazione dell'obbligo di *standstill* sancito dall'art. 108 § 3 TFUE, anche la mancata esecuzione dell'ordine di recupero emesso a corredo di una decisione negativa possa far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato. L'obbligo di recupero previsto dalla decisione e dall'art. 14 Reg. 659/1999, infatti, mira a tutelare gli stessi diritti che sono riconosciuti e protetti dalla clausola di sospensione prevista dal Trattato. Di conseguenza i terzi interessati, tra cui i concorrenti della o delle imprese beneficiarie dell'aiuto (ma non soltanto questi), potranno proporre un'azione di risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali nei confronti delle autorità responsabili della mancata o tardiva esecuzione della decisione di recupero. Il successo dell'azione dipenderà soprattutto dalla capacità del ricorrente di dimostrare il nesso eziologico tra il mancato o tardivo recupero dell'aiuto e il danno subito, la

<sup>100</sup> C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Gebr. Lorenz GmbH c. Repubblica federale di Germania e Land Rheinland-Pfalz* - "Lorenz", in *Racc.* 1975, p. 1471, punto 8, 21 novembre 1991, "Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires", cit., punti 11 ss.

<sup>101</sup> C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich e a. c. Finanzlandesdirektion für Tirol e a.* - "Transalpine Ölleitung in Österreich e a.", in *Racc.* 2008, p. I-9957, punto 46.

<sup>102</sup> C. giust. UE, 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. Eugène van Calster e Felix Cleeren e Openbaar Slachthuis NV*, - "Van Calster", in *Racc.* 2005, p. I-12249, punto 64, 5 ottobre 2006, "Transalpine Ölleitung in Österreich e a.", cit., punto 47 e 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communi-*

*cation c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) - "CELF"*, in *Racc.* 2010, p. I-0469, punto 41.

<sup>103</sup> C. giust. UE, 11 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifazi e a. c. Repubblica italiana - "Francovich"*, in *Racc.* 1993, p. I-5357.

<sup>104</sup> C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.* - "Brasserie du Pêcheur e Factortame", in *Racc.* 1998, p. I-1029.

<sup>105</sup> C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo c. Italia*, in *Racc.* 2008, p. I-5177, punto 45, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich - "Kobler"*, in *Racc.* 2005, p. I-102039, punto 57.

cui dimostrazione può rilevarsi molto complessa. La prova della gravità della violazione dell'obbligo di recupero, invece, appare meno difficoltosa, vista la giurisprudenza in materia (vedi *supra* § I.1 e I.2.). Non si può escludere, tuttavia, che questa condizione sia ritenuta soddisfatta nell'ipotesi, piuttosto rara, in cui lo Stato dimostri la sussistenza di una delle eccezioni al recupero ammesse dal diritto dell'UE (vedi *supra* I.3).

MASSIMO MEROLA - TECLA UBALDI

### Bibliografia

S. AMADEO, «Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 201; M. ANGELI, «The European Commission's "New Policy" on State Aid Control: Some Reflections on Public and Private Enforcement of Recovery of Illegal Aid», in *E.C.L.R.*, 2009, Issue 11, p. 533 ss.; L. DANIELE, «Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea», in *La "modernizzazione"*

*della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 159; J. DERENNE, «La récupération des aides illégales et incompatibles: Un tour d'horizon sélectif de la jurisprudence européenne depuis la communication "récupération" de 2007 de la Commission européenne», in *Concurrences N° 1-2012 - Revue des droits de la concurrence*, p. 73 ss.; D. GRESPAN, «Recovery of unlawful and incompatible aid», in *EC Competition Law - State Aid*, Lovanio, 2008, p. 647 ss.; J.P. KEPPELLE - K. GROSS, «Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le control des aides d'Etat», in *EC State Aid Law/Le droit des aides d'État dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, AH Alphen aan den Rijn, 2008, p. 391 ss.; T. KOSTER «Recovery of Unlawful State Aid», in *The EC State Aid Regime*, Londra, 2007, p. 653 ss.; M. MEROLA - L. CAPPELLETTI, The obligation to recover unlawful aid, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2 n. 5, p. 465 ss.; E. RIGHINI, «Godot Is Here: Recovery as an Effective State Aid Remedy», in *EC State Aid Law/ Le droit des aides d'État dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, AH Alphen aan den Rijn, 2008, p. 265; SCHEPISI, «Il giudice nazionale e la concessione di misure provvisorie», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 299.