

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le modalità di calcolo dell'aiuto di Stato da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE)

Sommario: I. LA RESTITUZIONE INTEGRALE DELL'AUTO ILLEGALE. – II. LA QUANTIFICAZIONE DELL'AUTO DA RESTITUIRE. – III. GLI INTERESSI E LA LORO DECORRENZA. – IV. I CRITERI PER IL CALCOLO DEL RISARCIMENTO DANNI.

I. LA RESTITUZIONE INTEGRALE DELL'AUTO ILLEGALE

Dall'art. 108 § 3 TFUE, così come d'altronde dall'art. 14 Reg. CE n. 659/99, discende in linea di principio, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, un obbligo di recupero integrale dell'aiuto illegale al fine di eliminare la distorsione del mercato causata dalla misura nazionale adottata in difetto di previa notifica. Naturalmente, come si vedrà, il recupero integrale assume diversa consistenza e deve essere quantificato con modalità diverse a seconda della forma in cui l'aiuto è stato originariamente erogato.

Peraltro, quando l'obbligo di recupero discenda da una decisione della Commissione ai sensi dell'art. 14 Reg. CE n. 659/99, il recupero parziale dell'aiuto complessivamente erogato potrà essere la conseguenza di concrete valutazioni sulla compatibilità dello stesso col mercato comune. Ciò accade, ad esempio, nell'ipotesi di decisioni condizionali relative a regimi di aiuti, con le quali la misura viene considerata compatibile solo nella parte in cui rispetta determinati requisiti. In questi casi, pertanto, l'entità del recupero deve essere parametrata alle specifiche disposizioni contenute nella decisione della

Commissione, salvo il limite generale ma assai rigoroso della impossibilità assoluta di recupero¹.

Poiché, tuttavia, al giudice simili valutazioni sono completamente precluse², egli non potrà che adottare provvedimenti idonei a garantire l'integrale recupero dell'aiuto, mentre non sembra che possano assumere rilevanza ai fini della quantificazione delle somme da recuperare le circostanze eccezionali collegate al principio del legittimo affidamento, cui la Corte di giustizia si è a più riprese richiamata³. Le questioni connesse alla quantificazione dell'importo da restituire sono dunque destinate a porsi con particolare complessità proprio in sede di *private enforcement*.

Occorre nondimeno tener conto, in via preliminare, che vi sono fattispecie in cui la Corte di giustizia ha ritenuto possibile derogare alla regola dell'integralità del recupero: in particolare, essa ha tenuto conto, in alcune pronunce, della peculiarità della situazione che si verifica quando all'esito del procedimento di indagine su un aiuto illegale la Commissione adotti una decisione positiva. È stato così affermato che in tale ipotesi non è necessario procedere al recupero dell'importo capitale, pari alla somma concretamente erogata, di un aiuto consistente in una erogazione di denaro, ma gli obblighi derivanti dall'art. 108 § 3 debbono considerarsi soddisfatti quando il giudice nazionale ordini la restituzione degli interessi sulle somme erogate prematuramente⁴.

¹ I limiti molto ristretti per far valere tale eccezione sono stati peraltro definiti da tempo nella giurisprudenza dell'Unione europea: C. giust. UE, 7 giugno 1988, causa 63/87, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1988, p. 2875; 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1990, p. I-3437; 10 giugno 1993, causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1993, p. I-3131; 29 gennaio 1998, causa C-280/95, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1998, p. I-259.

² 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. Stato*

francese - "Saumon", in *Racc.* 1991, p. I-5505, e 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international e altri c. La Poste e altri - "SFEI"*, in *Racc.* 1996, p. I-3547.

³ V. C. giust. UE, 20 settembre 1990, "Commissione c. Germania", cit., e 11 luglio 1996, "SFEI", cit.

⁴ Si tratta di C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition - "CELFI"*, in *Racc.* 2008, p. I-469; 18 dicembre 2008, causa C-384/07, *Wienstrom GmbH c. Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit - "Wien-*

In ogni caso, la portata di tale interpretazione dell'art. 108 § 3, già oggetto di molteplici critiche, deve essere intesa in senso restrittivo: la Corte di giustizia ha infatti successivamente precisato che non è sufficiente, per consentire al giudice nazionale di limitare l'obbligo di recupero di un aiuto illegale, la presenza dinanzi alla Commissione del procedimento diretto ad accertarne la compatibilità col mercato comune⁵. Pertanto, solo l'esistenza di una valida decisione positiva della Commissione è idonea ad assumere rilievo nell'ambito di un giudizio nazionale vertente sul recupero dell'aiuto.

Naturalmente, potrebbero prefigurarsi anche situazioni più complesse rispetto a quelle esaminate dalla Corte di giustizia nelle sentenze *CELF* e *Wienstrom*, qualora un aiuto erogato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE sia giudicato dalla Commissione solo parzialmente compatibile col mercato comune. In tali casi il giudice nazionale dovrà tener conto di un duplice regime per il recupero dell'aiuto, dovendo esso limitarsi agli interessi per la sola parte oggetto di decisione positiva e ordinare per il resto il rimborso integrale al beneficiario.

II. LA QUANTIFICAZIONE DELL'AUTO DA RESTITUIRE

Una volta chiarito che il recupero dell'aiuto deve avvenire in maniera integrale, occorre tuttavia interrogarsi sulle concrete modalità con cui deve essere determinato l'importo da restituire. Tali moda-

lità debbono essere stabilite tenendo conto della finalità che l'art. 108 § 3 intende perseguire imponendo ai giudici nazionali di ordinare il recupero dell'aiuto; ma, allo stesso tempo, esso non può che avere una portata diversificata a seconda della forma assunta dalla misura di aiuto.

Per quanto concerne il primo profilo, escluso che gli effetti negativi della misura possano essere eliminati ampliando la platea dei beneficiari⁶, emerge dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia che l'obbligo di recupero non ha la finalità puramente pubblicistica di consentire la reintegrazione delle risorse statali utilizzate; al contrario, essa ha chiaramente delineato la finalità di tale obbligo nel senso di eliminare la distorsione della concorrenza cagionata dal beneficio accordato a talune imprese⁷. In sostanza, essendo i poteri dei giudici nazionali finalizzati ad assicurare la tutela delle imprese concorrenti, l'obbligo di recupero degli aiuti illegali deve mirare a ripristinare la situazione preesistente nel senso di rimuovere l'utilità ricavata dal beneficiario e idonea, secondo la nozione stessa di aiuto di Stato, a falsare la concorrenza. Mentre in alcuni casi ciò potrà indurre il giudice nazionale a rimuovere completamente, coi mezzi previsti dall'ordinamento interno, la misura che costituisce aiuto, in altri casi potrebbe essere sufficiente ricondurre tale misura al di fuori del perimetro dell'art. 107 TFUE, eliminando quegli elementi che ne determinano la natura di aiuto.

Occorre peraltro aggiungere che il re-

strom", in *Racc.* 2008, p. I-10393. Per il precedente orientamento, che sembrava escludere ogni possibilità di evitare il recupero integrale, C. giust. UE, 21 novembre 1991, "Saumon", cit., punto 16; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261 e 262/01, *Stato Belga c. Eugene Van Calster e Felix Cleeren* - "Van Calster", in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 63; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri* - "Transalpine Ölleitung in Österreich", in *Racc.* 2006, p. I-9957.

⁵ Sul punto, v. da ultimo C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa C-1/09, *Centre d'exportation du livre français e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition* - "CELF II", in *Racc.* 2010, p. I-2099.

⁶ Il problema si è posto soprattutto in materia

di aiuti fiscali: cfr. C. giust. UE, 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium SA c. Ville de Seraing e Province de Liège* - "Air Liquide", in *Racc.* 2006, p. I-5293; 27 ottobre 2005, cause riunite da C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e da C-321/04 a C-325/04, *Distribution Casino France Sas c. Caisse nationale de l'organisation autonome d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés des professions industrielles et commerciales* - "Casino France", in *Racc.* 2005, p. I-9481.

⁷ Tale principio, sviluppato in materia di *public enforcement*, è stato recentemente richiamato in materia di azioni dinanzi ai giudici nazionali per il recupero degli aiuti illegali da C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV CV c. Gemeente Rotterdam* - "Residex Capital IV CV", non ancora pubblicata.

cupero dovrà normalmente limitarsi al beneficio *diretto* conseguito dall'impresa per effetto dell'aiuto, e non potrà estendersi a quei benefici *indiretti*, che ne siano comunque conseguenza, come accade ad esempio allorché la concessione dell'aiuto eviti all'impresa una situazione di insolvenza oppure le consenta di acquisire nuove quote di mercato. Di tali fattori si potrà semmai tener conto, come si vedrà, ove sia proposta dal concorrente azione risarcitoria.

Ora, in sede di *public enforcement* la determinazione concreta dell'importo da restituire è rimessa a una sostanziale cooperazione tra la Commissione e lo Stato membro interessato⁸, fermo il compito esclusivo di quest'ultimo di individuare gli importi riferibili alle singole imprese rispetto ai regimi di aiuti.

Al contrario, nelle azioni promosse dinanzi ai giudici nazionali dai terzi interessati si dovrà altresì tener conto delle questioni relative alla prova del *quantum* di cui è dovuta la restituzione. Infatti, l'efficacia di tali azioni può essere fortemente condizionata, da un lato, dalle regole sull'onere della prova, poiché normalmente il terzo concorrente si troverà in una posizione meno favorevole rispetto alla necessità di dimostrare la concreta utilità ricavata dal beneficiario in conseguenza dell'aiuto. Dall'altro, essa dipenderà in larga misura dai mezzi di prova di cui il giudice nazionale, nel rispetto del principio dispositivo, potrà avvalersi, dal momento che la determinazione del *quantum* richiederà in parecchi casi accertamenti tecnico-economici complessi, per i quali i sistemi processuali nazionali potrebbero non essere attrezzati.

In proposito, la Corte di giustizia ha,

tuttavia, fondato l'individuazione (non solo dei rimedi disponibili, ma conseguentemente anche) delle regole processuali applicabili sulla ben nota teoria dell'*autonomia procedurale* degli Stati membri, pur temperata dalla necessaria osservanza dei principi di equivalenza e di effettività⁹. La soluzione dei problemi sopra accennati potrà dunque variare in relazione al modo d'essere dei sistemi processuali nazionali, almeno fin quando ciò non abbia l'effetto pratico di rendere impossibile o eccessivamente difficile la proposizione di dette azioni, come potrebbe accadere ad esempio ove si richiedesse al terzo concorrente uno *standard* probatorio molto rigoroso rispetto all'importo di cui egli sollecita il recupero.

A mitigare tali rischi potrebbe comunque sovvenire la possibilità per il giudice nazionale di richiedere un parere alla Commissione: nella Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali del 2009 la questione della quantificazione è espressamente indicata come possibile oggetto di una richiesta da parte dei giudici nazionali¹⁰.

Peraltro, come anticipato, la questione è destinata ad atteggiarsi in maniera molto diversa a seconda della tipologia di misura che costituisce aiuto illegale, poiché in ciascuna di esse l'utilità ricavata dal beneficiario in violazione dell'art. 107 TFUE può assumere forme diverse, che di seguito, sia pure senza pretesa di completezza, si esamineranno. In proposito, il giudice nazionale potrà utilmente avvalersi delle indicazioni fornite dalla Commissione nelle sue comunicazioni relative alle varie forme tipiche di aiuto¹¹.

La fattispecie rispetto alla quale si

⁸ Nel senso che la Commissione non è tenuta a indicare l'importo oggetto di recupero nella sua decisione, v. peraltro C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-8717. Sulla cooperazione leale ai fini della quantificazione dell'aiuto da recuperare, v. Trib. UE, 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1475. Nella Comunicazione "Verso l'esecuzione effettiva delle Decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili", del 15 novembre 2007 (in G.U.U.E. C-272

del 15 novembre 2007, p. 4 ss.) viene peraltro espressa l'intenzione di procedere a tale indicazione nei limiti del possibile.

⁹ V., per l'affermazione del principio, C. giust. UE, 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement de cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales - "Laboratoires Boiron"*, in *Racc.* 2006, p. I-7529.

¹⁰ 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85 del 9 aprile 2009, p. 1 ss., sezione 3.2.

¹¹ Si possono citare in proposito, a mero titolo esemplificativo, la Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trat-

pongono minori difficoltà applicative è quella comune della sovvenzione in denaro da parte dello Stato, il cui recupero avviene sulla base dell'importo nominale¹² originariamente erogato al beneficiario o almeno della parte di esso che abbia natura di aiuto di Stato¹³.

Analogamente, laddove l'aiuto venga accordato per effetto della rinuncia dello Stato alla esazione di un suo credito, sia esso di natura fiscale, previdenziale o di qualunque altro genere, il recupero non potrà che essere commisurato alla somma dovuta dal beneficiario e non riscossa¹⁴, almeno per quella parte per cui la misura si configuri come aiuto di Stato¹⁵.

Presentano inoltre tratti comuni le ipotesi, pur tra loro distinte, della alienazione gratuita di beni o della fornitura gratuita di servizi¹⁶, della cessione a prezzo preferenziale dallo Stato alle im-

prese e dell'acquisto di beni a prezzo preferenziale da parte dello Stato. Nella prima ipotesi, in effetti, il recupero potrebbe assumere anche la forma della restituzione in forma specifica; ove così non fosse, il giudice nazionale sarà chiamato a individuare il valore di mercato dei beni trasferiti¹⁷, condannando l'impresa beneficiaria a rimborsarlo allo Stato per intero o, nella seconda e terza ipotesi, nella misura corrispondente alla differenza rispetto al prezzo concordato tra le parti.

Tale valore, da determinare alla data del trasferimento stesso¹⁸, non potrà che essere oggetto di accertamenti tecnici, sostanzialmente analoghi a quelli utilizzati per l'applicazione del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato ai fini della nozione di aiuto di Stato. Ciò discende, in tutta evidenza, dalla funzione del recupero quale potere del giudice na-

tato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie (G.U.U.E. C-155 del 20 giugno 2008, p. 10 ss.); la Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (G.U.U.E. C-384 del 10 dicembre 1998, p. 3 ss.); la Comunicazione della Commissione relativa agli elementi di aiuto di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità (G.U.U.E. C-209 del 10 luglio 1997, p. 3 ss.).

¹² Per il principio che dall'importo nominale possano essere dedotti gli oneri versati dal beneficiario a titolo di imposte, v. Trib. UE, 8 giugno 1995, causa T-459/93, *Siemens SA c. Commissione*, in *Racc.* 1997, 1995, p. II-1675.

¹³ V., ad esempio, C. giust. UE, 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo Spa c. Presidenza del Consiglio dei Ministri - "Traghetti del Mediterraneo II"*, in *Racc.* 2010, p. I-5243, in cui lo Stato aveva concesso sovvenzioni ad una società qualificandole come compensazione di obblighi di pubblico servizio, mentre in effetti solo una parte di tali sovvenzioni rispettavano le condizioni richieste dalla giurisprudenza della Corte a tal fine, come risultanti in particolare da C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidentium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH - "Altmark"*, in *Racc.* 2003, p. 7747. V. anche C. giust. UE, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti S.r.l. c. Giuseppe Calafiori - "Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti"*, in *Racc.* 2006, p. I-2941.

¹⁴ Una situazione peculiare è quella esaminata da C. giust. UE, 8 maggio 2003, cause riunite C-328/99 e C-399/00, *Repubblica Italiana e Sim Multimedia 2 Spa c. Commissione - "SIM Multimedia 2"*, in *Racc.* 2003, p. I-4035: infatti, una so-

cietà pubblica, a seguito di un accordo con la società debitrice, aveva rinunciato a riscuotere una parte del suo credito; successivamente al fallimento della debitrice era stato ingiunto allo Stato il recupero della parte di credito non riscossa, ma lo Stato aveva segnalato che avrebbe potuto conseguire l'annullamento dell'accordo, e dunque la restituzione alla società fallita di quanto riscosso e l'iscrizione al passivo fallimentare dell'intero credito originariamente dovuto. La circostanza è stata ritenuta non rilevante dalla Corte di giustizia.

¹⁵ Per esempio, in un caso come quello deciso da C. giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale - "Ferring"*, in *Racc.* 2001, p. I-9067, in cui alcune imprese erano esentate dal versamento di un contributo pubblico e tale esenzione poteva prefigurarsi almeno in parte come compensazione di obblighi di servizio pubblico, il recupero riguarda solo la parte di contributo non versato che eccede la compensazione degli obblighi di pubblico servizio.

¹⁶ Ad esempio, C. giust. UE, 20 novembre 2003, causa C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Gemo SA - "GEMO"*, in *Racc.* 2003, p. I-13769, lo Stato francese aveva previsto un sistema di smaltimento delle carcasse di animali e dei resti di macellazione i cui costi erano a carico del bilancio statale.

¹⁷ O almeno il valore più prossimo a quello di mercato: cfr. C. giust. UE, 16 dicembre 2010, causa C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG c. BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH - "Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe"*, in *Racc.* 2010, p. I-13083.

¹⁸ V., ad esempio, C. giust. UE, 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione c. Scott SA*, in *Racc.* 2010, p. I-7763.

zionale diretto a ristabilire la situazione preesistente all'aiuto, eliminando il vantaggio ricavato dal beneficiario: pertanto, la quantificazione effettuata dal giudice avviene come un'operazione uguale e contraria a quella con cui si determina la natura di aiuto, poiché entrambe ruotano intorno al parametro del differenziale rispetto al valore di mercato dei beni oggetto della misura contestata.

In altri casi la quantificazione dell'aiuto da recuperare potrà richiedere operazioni di accertamento più complesse, come accade quando l'aiuto consista nella concessione di un prestito o di una garanzia, ovvero nella dilazione di pagamenti dovuti dall'impresa¹⁹, ovvero ancora nel conferimento del c.d. capitale di rischio. Normalmente, il beneficio accordato all'impresa sarà conseguenza del carattere agevolato dell'operazione, in quanto questa avverrà a condizioni più favorevoli rispetto a quelle di mercato. Pertanto, sarà sempre possibile ricondurre la misura a legittimità attraverso il recupero del maggior importo che il beneficiario avrebbe dovuto versare ove l'operazione fosse stata effettuata a condizioni di mercato²⁰. In queste ipotesi sarà dunque sempre possibile determinare la somma da recuperare, da individuare di volta in volta, sulla base delle condizioni di mercato applicabili alla data dell'operazione, nella maggior somma che sarebbe stata dovuta in termini: *a*) di spese e interessi sul prestito; *b*) di costi della garanzia; *c*) di interessi di mora e eventuali altre spese per ottenere la dilazione di pagamento; *d*) di redditività del capitale conferito quale sarebbe stata richiesta da un investitore privato.

Nella giurisprudenza della Corte di

giustizia sono tuttavia emerse anche ipotesi nelle quali le misure costituivano aiuto non solo in quanto consentivano all'impresa di effettuare operazioni a condizioni agevolate, ma soprattutto in quanto l'impresa, in ragione della sua situazione economico-finanziaria, non sarebbe stata in grado di ottenere – in mancanza dell'aiuto – nuova liquidità²¹.

Ora, in simili fattispecie l'obbligo di recupero dovrebbe atteggiarsi diversamente, poiché non sono le condizioni dell'operazione che accordano un ingiustificato vantaggio al beneficiario, ma questo deriva dal fatto stesso che l'operazione sia stata compiuta. Pertanto, la quantificazione della somma da recuperare non potrà che coincidere con l'intero beneficio economico ricavato dall'impresa per effetto dell'operazione (importo del prestito concesso o somma conferita a titolo di capitale di rischio).

Il quadro appare meno chiaramente delineato qualora la misura di aiuto consista nella concessione di una garanzia. In un caso recente la Corte ha esaminato la fattispecie di una società che si trovava in una situazione talmente grave da non poter accedere a finanziamenti sul libero mercato e che aveva potuto ottenere un mutuo soltanto sulla base della garanzia concessa da un ente locale²². Uno dei problemi sollevati dal giudice del rinvio discendeva dalla circostanza che questi riteneva di poter procedere all'annullamento della garanzia prestata dall'ente pubblico, ma dubitava che ciò potesse eliminare la distorsione della concorrenza in quanto non avrebbe *ex se* fatto venir meno il finanziamento ottenuto dall'impresa beneficiaria.

¹⁹ Nel senso che la dilazione di pagamento può avere, quando consente all'impresa di finanziarsi specialmente ove si trovi in condizioni di scarsa liquidità, il medesimo effetto di un prestito e dunque deve essere valutata secondo il criterio dell'investitore privato, v. C. giust. UE, 29 giugno 1999, causa C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA - "DM Transport"*, in *Racc.* 1999, p. I-3913. In senso parzialmente diverso, C. giust. UE, 29 aprile 1999, causa C-342/96, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-2459.

²⁰ Un'ipotesi di questo genere è stata da ultimo esaminata in C. giust. UE, 21 marzo 2013, causa C-613/11, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata.

²¹ V., in particolare, C. giust. UE, 8 dicembre 2011, "Residex Capital IV CV", cit., punto 41; nonché Trib. UE, 13 giugno 2000, cause riunite T-204/97 e T-270/97, *EPAC - Empresa para a Agroalimentação e Cereais SA c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-2267. Per un'ipotesi peculiare v., da ultimo, C. giust. UE, 19 marzo 2013, cause riunite C-399/10 P e C-401/10 P, *Bouygues SA, Bouygues Télécom SA e Commissione c. Repubblica francese e France Télécom SA - "France Télécom"*, non ancora pubblicata, in cui si è ritenuto sufficiente a garantire un vantaggio all'impresa interessata l'annuncio di un futuro prestito da parte dello Stato.

²² Cfr. C. giust. UE, 8 dicembre 2011, "Residex Capital IV CV", cit.

Sul punto la Corte di giustizia non ha fornito precisi chiarimenti nella decisione appena citata nel caso *Residex Capital IV CV*. Sembra peraltro plausibile che un completo ripristino della situazione preesistente dovrebbe implicare, da parte del giudice nazionale, anche l'adozione di misure atte a elidere il beneficio derivante dalla concessione del finanziamento, qualora sia dimostrato che questo sia stato ottenuto solo in ragione dell'esistenza della garanzia dell'ente pubblico. In pratica, in tal caso la quantificazione della somma da recuperare dovrebbe comunque coincidere con l'intera somma capitale oggetto di finanziamento.

Un cenno deve esser fatto infine anche alle azioni di restituzione dei c.d. tributi parafiscali o comunque dei contributi destinati a finanziare regimi di aiuto, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, quando le modalità di finanziamento siano indissociabili dal regime di aiuto in quanto tale, appaiono equiparate ad azioni di recupero fondate sull'art. 108 § 3 TFUE²³. In tal caso, tuttavia, la richiesta non viene formulata dai concorrenti delle imprese beneficiarie, bensì dai terzi tenuti al pagamento del contributo e non ha la finalità di ripristinare la situazione concorrenziale antecedente all'aiuto, ma di reintegrare il patrimonio del soggetto che ha versato il contributo stesso. Tale differenza di funzione non può che incidere anche sui meccanismi di quantificazione, poiché la somma dovuta al terzo contribuente non sarà in correlazione con l'utilità ricavata dal beneficiario ma darà soltanto luogo alla ripetizione della somma che è stata versata per finanziare l'aiuto.

III. GLI INTERESSI E LA LORO DECORRENZA

Com'è noto, fin dalla sentenza c.d. *Saumon* la Corte di giustizia ha ritenuto che l'attuale art. 108 § 3 TFUE imponesse al giudice nazionale di trarre tutte le con-

seguenze dall'illegalità dell'aiuto anche per quanto concerne il recupero dello stesso²⁴. Ne discende che, al fine di ripristinare la situazione preesistente all'erogazione dell'aiuto e dunque rimuovere del tutto l'utilità ingiustificatamente ricavata dal beneficiario, quest'ultimo deve essere condannato anche alla restituzione degli interessi maturati sulle somme erogate. In questo modo vengono eliminate ora per allora in capo all'impresa beneficiaria le conseguenze della disponibilità dell'aiuto, che costituisce, anche da sola (come dimostra la sentenza *CELF*), una violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

In materia di *public enforcement* l'obbligo di recuperare anche gli interessi discende da un'espressa previsione contenuta nell'art. 14 § 2, Reg. CE n. 659/99, che affida alla Commissione il compito di stabilire un "tasso adeguato". Il tasso c.d. di riferimento è determinato dall'art. 9 Reg. CE n. 794/04, che impone di calcolarlo «sulla base della media dei tassi *swap* interbancari a cinque anni per i mesi di settembre, ottobre e novembre dell'anno precedente, maggiorata di 75 punti base»; l'art. 11 § 2, dello stesso regolamento individua inoltre come applicabile il regime dell'interesse composto con capitalizzazione annuale²⁵.

Nella Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali del 2009 la Commissione ha espressamente precisato di ritenere tale disciplina particolarmente rigorosa degli interessi anche alle azioni di *private enforcement*²⁶.

Ma tale conclusione non è condivisibile. Escluso che tali disposizioni, dettate espressamente per il procedimento di controllo dinanzi alla Commissione, possano applicarsi per forza propria alle azioni dinanzi al giudice nazionale (che discendono direttamente dall'art. 108 § 3 TFUE), un'applicazione analogica non sembra in effetti giustificata per due ordini di ragioni.

²³ C. giust. UE, 21 ottobre 2003, "Van Calster", cit.; 7 settembre 2006, "Laboratoires Boiron", cit.

²⁴ C. giust. UE, 21 novembre 1991, cit.

²⁵ Per due diversi orientamenti in relazione all'applicazione temporale della regola dell'inte-

resse composto nella giurisprudenza italiana, v. Cass., sez. lav., 4 maggio 2012, n. 6756, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 5, p. 559, e Cass., sez. trib., 3 agosto 2012, n. 14019, *ivi*, 2012, 7-8, p. 1019.

²⁶ V. la sezione 2.3 della Comunicazione.

Da un lato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stato affermato che anche in sede di *public enforcement*, laddove non sia applicabile il Reg. CE n. 794/04 e in difetto di una specifica indicazione nella decisione di recupero, la regola del tasso di interesse composto non può trovare applicazione e si deve far rinvio al diritto nazionale²⁷.

Dall'altro, per quanto la funzione del recupero dell'aiuto erogato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE non sia diversa nelle due ipotesi, non può dimenticarsi che il *private enforcement* può intervenire in una fase in cui la misura di aiuto non è stata ancora oggetto di una valutazione della Commissione in ordine alla compatibilità col mercato comune. Esso costituisce conseguenza di una violazione di carattere procedurale (mancata notifica dell'aiuto), oltretutto non addebitabile al beneficiario, e non, ancora, di una valutazione negativa espressa dalla Commissione sul contenuto sostanziale della misura.

Sembra che tali considerazioni siano idonee a giustificare il rifiuto dell'applicazione analogica dell'art. 14 § 2, Reg. CE n. 659/99 nonché degli artt. 9 e 11 Reg. CE n. 794/04.

Per determinare la misura degli interessi e le modalità di calcolo degli stessi il giudice nazionale dovrà invece tener conto della funzione del recupero dell'aiuto nell'ottica dell'art. 108 § 3 TFUE. Se, come detto, essa consiste nel ripristinare la situazione concorrenziale preesistente, al giudice nazionale dovrebbe essere richiesto di accertare l'importo degli interessi che il beneficiario avrebbe dovuto corrispondere per avere la disponibilità della somma corrispondente all'aiuto a condizioni di mercato. In tal senso non dovrebbe dunque essere previsto un rinvio al diritto nazionale, ma piuttosto alle condizioni normalmente praticate (tasso di interessi e modalità di calcolo) nel periodo interessato per analoghe operazioni di finanziamento.

Per quanto attiene alla decorrenza de-

gli interessi, non si può che ritenere, per le stesse ragioni, che essi siano dovuti per il periodo intercorrente tra la data in cui le somme sono state messe a disposizione del beneficiario e la data dell'effettivo recupero. Un'eccezione a tale regola si rinviene qualora si verifichi la situazione prefigurata dalla Corte di giustizia nella sentenza *CELF*, ossia l'aiuto venga dichiarato compatibile da una decisione della Commissione: in tal caso gli interessi saranno calcolati soltanto sino alla data di tale decisione positiva, che pone fine all'illegalità dell'aiuto²⁸.

IV. I CRITERI PER IL CALCOLO DEL RISARCIMENTO DANNI

Le conclusioni raggiunte per la quantificazione delle somme oggetto degli eventuali provvedimenti del giudice nazionale diretti al recupero dell'aiuto non possono essere trasposte all'ipotesi in cui si tratti di quantificare la somma dovuta a terzi a titolo di risarcimento del danno patito per effetto dell'illegale erogazione dell'aiuto.

In proposito, occorre considerare la funzione completamente differente dei due rimedi: mentre, come detto, il recupero mira a ripristinare la situazione concorrenziale preesistente sul mercato, il risarcimento del danno ha lo scopo di compensare la perdita patrimoniale subita da terzi per effetto dell'aiuto accordato al beneficiario. Ne consegue che l'entità dell'aiuto accordato al beneficiario non può costituire, rispetto al calcolo del risarcimento dovuto, il parametro essenziale, come accade invece per le azioni dirette ad assicurare il recupero.

Sotto altro profilo, mentre le azioni dirette al recupero degli aiuti di Stato illegali, anche quando promosse da concorrenti del beneficiario o altri terzi interessati, realizzano direttamente un obiettivo che è comune alle regole sul *public enforcement*, le azioni risarcitorie, determinando una reintegrazione del patrimonio del terzo danneggiato, contribuiscono in-

²⁷ V. C. giust. UE, 11 dicembre 2008, causa C-295/07 P, *Commissione c. Département de Loiret e Scott SA*, in *Racc.* 2008, p. I-9363.

²⁸ V. C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "*CELF I*", cit., ove si precisa peraltro che gli interessi

sono dovuti anche per il periodo intercorso tra una decisione positiva della Commissione poi annullata e la sentenza di annullamento del Tribunale dell'Unione europea, che ha effetti retroattivi.

direttamente alla realizzazione dell'osservanza degli articoli 107 e 108 TFUE e garantiscono principalmente il diritto del privato danneggiato. Tale considerazione non può non riflettersi sulla disciplina dell'onere della prova che, almeno per quanto concerne la dimostrazione del pregiudizio subito dal richiedente, dovrà attestarsi su *standard* più rigorosi.

D'altra parte, le azioni di risarcimento danni possono ritenersi fondate sul diritto dell'Ue – e dunque trovare il loro fondamento diretto nell'art. 108 § 3 TFUE – solo nella misura in cui siano proposte contro lo Stato, essendo al contrario affermazione costante della Corte che eventuali azioni proposte contro il beneficiario possono semmai discendere dal diritto nazionale²⁹. A quest'ultimo riguardo, non trattandosi di far valere un diritto (al risarcimento) fondato sul diritto dell'Ue, bensì sulle regole nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale³⁰, anche la quantificazione del danno risarcibile dovrebbe essere condotta dai giudici degli Stati membri sulla base del diritto nazionale applicabile nei limiti dallo stesso consentiti.

Per quanto riguarda le azioni risarcitorie contro lo Stato per l'erogazione dell'aiuto senza rispettare gli obblighi derivanti dall'art. 108 § 3 TFUE, esse rientrano nel novero più generale delle azioni per responsabilità dello Stato conseguente alla violazione del diritto dell'Ue³¹. Ora, è ben noto che rispetto a tali azioni, se la Corte di giustizia ha costantemente affermato che la sussistenza di un danno collegato da nesso di causalità alla violazione è condizione necessaria del diritto al risarcimento, essa ha anche evitato di indicare compiutamente i criteri per l'accertamento e la quantificazione di tale

danno, richiamandosi sul punto, oltre che a un generale criterio di adeguatezza del risarcimento³², al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri coi conseguenti limiti dell'effettività e dell'equivalenza del rimedio³³.

Ciò nondimeno, dalla giurisprudenza della Corte relativa alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Ue emergono alcune indicazioni certamente rilevanti anche nelle azioni risarcitorie in materia di aiuti di Stato.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha a più riprese affermato che il principio di effettività non consente che il diritto nazionale escluda dall'importo del danno risarcibile il c.d. lucro cessante³⁴. Ora, in materia di aiuti di Stato il mancato guadagno costituirà normalmente la principale perdita patrimoniale che il terzo concorrente potrà lamentare, poiché l'aiuto avrà di volta in volta consentito al beneficiario di acquisire quote di mercato o di aggiudicarsi opportunità commerciali alle quali non avrebbe altrimenti potuto accedere.

In queste ipotesi, pertanto, il giudice nazionale, una volta accertato il nesso di causalità tra la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE e il danno subito dal concorrente, dovrà, sulla base di una valutazione economica inevitabilmente complessa, determinare il *quantum* di tale danno, paramestrandolo al guadagno che il concorrente danneggiato avrebbe potuto conseguire ove le quote di mercato o le opportunità commerciali di cui si tratta non fossero state acquisite dal beneficiario. Un simile accertamento non potrà che presupporre un'articolata analisi del mercato di riferimento, della situazione esistente al momento dell'erogazione dell'aiuto e degli effetti prodotti dall'aiuto sulla situazione concorrenziale esistente nonché una valu-

²⁹ C. giust. UE, 11 luglio 1996, "SFEI", cit.; 5 ottobre 2006, "Transalpine Ölleitung in Österreich", cit.; 12 febbraio 2008, "CELF I", cit.

³⁰ V. ancora C. giust. UE, 11 luglio 1996, "SFEI", cit., punto 75.

³¹ C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo Spa c. Presidenza del Consiglio dei Ministri* - "Traghetti del Mediterraneo (I)", in *Racc.* 2006, p. I-5177.

³² Tra le altre, C. giust. UE, 10 luglio 1997, causa C-373/95, *Federica Maso e altri, Graziano Gaz-*

zetta e altri c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - "Maso ed altri", in *Racc.* 1997, p. I-4051.

³³ Da ultimo, v. C. giust. UE, 9 dicembre 2010, causa C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e altri c. Provincie Drenthe* - "Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie", in *Racc.* 2010, p. I-12655, punti 90 e 91.

³⁴ Il principio è già espresso in C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland, The Queen c. Secretary of State for Transport*

tazione prognostica dell'andamento del medesimo mercato qualora l'aiuto non fosse stato erogato.

Naturalmente, tale operazione ricostruttiva si presenterà più difficoltosa laddove il concorrente danneggiato deduca che, in mancanza di erogazione dell'aiuto, il beneficiario sarebbe uscito dal mercato di riferimento, poiché in questa ipotesi la quantificazione del danno dovrà transitare sia da un accertamento delle condizioni dell'impresa beneficiaria alla data dell'erogazione dell'aiuto sia da una valutazione prognostica di quale sarebbe stata l'evoluzione del mercato in caso di uscita del beneficiario dallo stesso.

Non può peraltro escludersi che il terzo concorrente richieda il risarcimento anche di un vero e proprio danno emergente, che sembra potersi prefigurare soprattutto laddove il concorrente stesso sia stato sottoposto, a causa della distorsione concorrenziale cagionata dall'aiuto, a una procedura di insolvenza secondo lo schema del noto caso *Traghetti del Mediterraneo*³⁵.

Un altro elemento ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è costituito dalla possibilità che il giudice nazionale tenga conto della circostanza che l'istante abbia omissis, dolosamente o colposamente, di promuovere le azioni necessarie ad evitare il verificarsi del danno³⁶. In materia di aiuti di Stato potrebbe essere considerato rilevante, ai fini della quantificazione del danno, il fatto che il concorrente danneggiato abbia o meno denunciato l'esistenza dell'aiuto illegale alla Commissione. Qualora la denuncia non vi sia stata o sia intervenuta tardivamente, il giudice nazionale potrebbe decidere di ridurre proporzionalmente l'importo dovuto a titolo di risarcimento danni.

Da ultimo, sulla somma dovuta per il risarcimento del danno debbono normal-

mente essere computati anche gli interessi, che anche in altri settori la Corte considera una componente essenziale di un indennizzo³⁷: tale indirizzo, che la sentenza *Manfredi* ha espressamente esteso alla politica di concorrenza³⁸, non può non valere anche per eventuali azioni risarcitorie in tema di aiuti di Stato, fermo che la misura degli interessi sarà quella indicata dal diritto nazionale. Gli interessi decorreranno dalla data in cui si è verificato o ha cominciato a verificarsi il danno (che, all'esito della complessa analisi economica sopra delineata ai fini della quantificazione, potrebbe risultare non coincidente con l'erogazione dell'aiuto) sino al pagamento effettivo.

GIACOMO BIAGIONI

Bibliografia

P.C. ADRIAANSE, «Appropriate Measures to Remedy the Consequences of Unlawful State Aid», in *Review of European Administrative Law*, 2009, p. 73 ss.; 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 ss.; T. ERAZÃO NUNES, «The Role of National Courts in Recovering State Aid in the Case of Guarantees», in *European Law Reporter*, 2012, p. 15 ss.; F. FERRARO, «Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi», in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 129 ss.; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, London, 2012, p. 1011 ss.; E. RIGHINI, «Godot Is Here: Recovery As an Effective State Aid Remedy», in *EC State Aid Law Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alpen aan den Rijn, 2008, p. 268 ss.; F. SPITALERI, «Recenti sviluppi in materia di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato: i casi *CELF* e *Wienstrom*», in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 463 ss.; A. TERRASI, «Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1080 ss.

ex parte Factortame Ltd - "Brasserie du Pêcheur e Factortame", in *Racc.* 1996, p. I-1029, punto 87.

³⁵ C. giust. UE, 10 giugno 2010, "Traghetti del Mediterraneo I", cit.

³⁶ C. giust. UE, 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland* - "Danske Slagterier", in *Racc.* 2009, p. I-2119, lo ammette nei limiti in cui ciò non renda eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno.

³⁷ V. già C. giust. UE, 2 agosto 1994, causa C-

271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Authority* - "Marshall", in *racc.* 1993, p. I-4367, e 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd e altri, Hoechst AG e Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue and HM Attorney General* - "Metallgesellschaft", in *Racc.* 2001, p. I-1727.

³⁸ C. giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Spa e altri*, in *Racc.* 2006, p. I-6619.