

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice civile prima della riforma della l. 234/2012

Sommario: I. IMPATTO DELLA LEGGE 24 DICEMBRE 2012, N. 234 SULLE AZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO; II. AZIONE DI OPPOSIZIONE A PROVVEDIMENTI DI RECUPERO. – 1. La disciplina processuale applicabile *ratione temporis*. – 2. Individuazione del giudice competente e fase introduttiva del giudizio. – 3. La sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero. – 4. Condizioni per la concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero. – 5. Il procedimento di opposizione. – III. AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO. – 1. Azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE. – 2. Azione risarcitoria del beneficiario dell'aiuto di stato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE. – 3. Azione del concorrente contro il beneficiario per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE. – IV. AZIONE DI RESTITUZIONE PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO.

I. IMPATTO DELLA LEGGE 24 DICEMBRE 2012, N. 234 SULLE AZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Con l'art. 49 l. 24 dicembre 2012, n. 234 – testo di legge pubblicato nella G.U. n. 3 del 4 gennaio 2013, entrata in vigore il 19 gennaio 2013, recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea» il legislatore, innovando gli artt. 119, comma 1 c.p.a. e 133, comma 1 c.p.a. – introducendovi rispettivamente la lettera *m*-*quinquies* e *z*-*sexies* – ha stabilito, da un lato, che il rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a. si applica anche ai giudizi aventi ad oggetto le controversie relative «agli atti ed ai provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'art. 14 Reg. 659/2009/CE del

Consiglio, 22 marzo 1999» e, dall'altro lato, che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, § 3, TFUE e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Alla luce di questa modifica normativa sul riparto di giurisdizione in materia di aiuti di Stato, le regole processuali di cui tra poco diremo circa il procedimento di opposizione, le azioni di risarcimento del danno, nonché l'azione di restituzione, continueranno ad applicarsi ai giudizi in corso ed instaurati prima del 19 gennaio 2013. Successivamente a tale data, in ossequio alle prescrizioni della citata l. 234/2012, nella parte in cui ha incluso la materia degli aiuti di Stato nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si seguiranno invece le regole processuali del giudizio dinanzi al G.A.

II. AZIONE DI OPPOSIZIONE A PROVVEDIMENTI DI RECUPERO

Come è noto, il diritto Ue consente alla Commissione europea di ingiungere allo Stato membro di recuperare gli aiuti di Stato ritenuti incompatibili con il mercato comune presso i beneficiari¹ e la giurisprudenza della Corte di Giustizia è fermamente orientata ad imporre agli Stati membri il recupero degli aiuti messi a disposizione ovvero concessi in violazione delle norme comunitarie².

¹ C. giust. UE, 8 maggio 2003, cause riunite C-328/99 e 399/00, *Repubblica italiana e SIM 2 Multimedia S.p.A. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2003, p. I-4035.

² C. giust. UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, punto 61, in *Racc.* 1990, p. I-959; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, causa C-

169/95, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.* 1997, p. I-135, punto 47; C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.* 2000, p. I-8717; C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.* 2004, p. I-3679.

È altrettanto noto che il recupero di un aiuto di Stato, illegittimamente erogato, deve avvenire nel rispetto delle norme di procedura fissate da ciascun ordinamento nazionale; di conseguenza, lo Stato che abbia erogato l'aiuto, poi dichiarato «illegale» o incompatibile con il mercato interno dalla Commissione europea, deve provvedere al suo immediato recupero presso il soggetto che ne abbia beneficiato³.

A fronte di questa azione di recupero l'impresa beneficiaria dell'aiuto, in disparte il profilo del riparto di giurisdizione in tema di aiuti di Stato – per il quale si rinvia alla voce «il riparto di giurisdizione degli artt. 102 e 108 § 3 TFUE» *sub* III.5 – ha potuto, dal 7 ottobre 2011 al 19 gennaio 2013, giorno di entrata in vigore della l. 234/2012, spiegare opposizione dinanzi al giudice civile seguendo le regole di cui tra poco diremo.

1. *La disciplina processuale applicabile ratione temporis.* – Prima della novella di cui alla citata l. 234/2012, la disciplina concernente l'opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato era dettata dall'art. 1 d.l. 8 aprile 2008, n. 59 – convertito con modificazioni dalla l. 6 giugno 2008, n. 101, come modificato dall'art. 34, comma 8, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 –, a mente del quale «i giudizi civili concernenti gli atti e le procedure volti al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una decisione di recupero adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, sono regolati dall'art. 9 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150».

Per il disposto dell'art. 36, comma 1, d.lgs. 150/2011, tale disciplina si applica ai procedimenti di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato instaurati dopo il 6 ottobre 2011.

Per le controversie, invece, già pendenti al 6 ottobre 2011 la disciplina processuale applicabile è (*rectius* era) quella indicata dall'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, prima

della novella di cui al d.lgs. 150/2011; di conseguenza, per esse si applica ancora oggi il rito dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 22 l. 24 novembre 1981, n. 689, nel testo *ante* d.lgs. 150/2011.

Non essendo, invece, predisposta alcuna normativa, prima dell'entrata in vigore dell'anzidetto art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, il giudizio di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, segue *tout court* la disciplina generale di cui al codice di procedura civile.

Tornando infine ai nostri giorni, dopo l'entrata in vigore della l. 234/2012, i giudizi in tema di aiuti di Stato, come sopra accennato, dovranno incardinarsi dinanzi al giudice amministrativo.

Da questa rassegna discende quindi, come già ricordato, che le regole processuali di cui appresso si applicano ai giudizi instaurati dopo il 6 ottobre 2011 e prima del 19 gennaio 2013.

Per l'arco temporale appena indicato, dunque, il procedimento di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato è regolato dall'applicazione combinata delle seguenti norme: *a*) l'art. 9 d.lgs. 150/2011; *b*) l'art. 6, commi 1, 6, 7, 8, 10, 11, 12, d.lgs. 150/2011, per effetto del richiamo ad esso operato dal predetto art. 9 d.lgs. 150/2011; *c*) le disposizioni generali contenute nel libro I c.p.c., la cui applicazione non sia espressamente esclusa; *d*) le norme del rito del lavoro contenute nel c.p.c. per mezzo del richiamo ad esse operato dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 150/2011 e la cui applicazione non sia espressamente esclusa; *e*) l'art. 2 d.lgs. 150/2011.

Occorre, inoltre, segnalare che al procedimento in parola si applicano le seguenti peculiarità rispetto alla disciplina generale del rito del lavoro contenuta nel c.p.c.: *a*) l'ordinanza di cui all'art. 423, comma 2, c.p.c., può essere concessa su istanza di ciascuna parte; *b*) la sentenza di primo grado di condanna è sempre provvisoriamente esecutiva; *c*) il giudice può esercitare i poteri officiosi di cui all'art. 421, comma 2, c.p.c., ma senza pos-

³ Cass., 1° giugno 2012, n. 8817, in *Giur. it.*, 2012, 2191 ss.

sibilità di derogare ai limiti in materia di prova sanciti dal codice civile.

Appare opportuno, peraltro, precisare che la riforma di cui al d.lgs. 150/2011, essendo applicabile alle controversie instaurate a far data dal 6 ottobre 2011 fino al 19 gennaio 2013, non ha ancora reso possibile il formarsi di una prassi applicativa sul tema oggetto del nostro studio e, pertanto, ci limiteremo a fornire le coordinate interpretative ed applicative così come emergono dalla disciplina approntata dal patrio legislatore.

2. Individuazione del giudice competente e fase introduttiva del giudizio. – Fissato il quadro normativo di riferimento, bisogna innanzitutto prestare particolare attenzione all'individuazione del giudice ordinario competente a conoscere dell'opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato.

Iniziando dalla competenza in senso verticale preme osservare come non emergano modifiche rispetto al sistema vigente fino al 6 ottobre 2011: il giudice munito di competenza, infatti, va ancora individuato secondo le ordinarie regole di cui agli artt. 7 ss. c.p.c. In senso orizzontale, invece, qualcosa è cambiato. Nel sistema vigente fino al 6 ottobre 2011, l'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, nel richiamare l'art. 22 l. 24 novembre 1981, n. 689, individuava il giudice territorialmente competente in quello «del luogo in cui è stata commessa la violazione».

L'art. 9 d.lgs. 150/2011, invece, escludendo l'applicabilità del comma 2 dell'art. 6 dello stesso d.lgs., secondo cui «L'opposizione ad ordinanza-ingiunzione si propone davanti al giudice del luogo in cui è stata commessa la violazione», ha eliminato l'ancoraggio della competenza territoriale al luogo in cui sia commessa la violazione (*rectius* erogato l'aiuto poi dichiarato «illegale»); ne deriva che l'individuazione del giudice territorialmente competente è da effettuarsi secondo le regole generali di cui agli artt. 18 ss. c.p.c.

Il che, tuttavia, ha fatto sorgere un

dubbio di legittimità costituzionale del predetto art. 9 d.lgs. 150/2011, sotto il profilo dell'eccesso di delega, in quanto il comma 4 dell'art. 54 l. 69/2009 – ovvero sia la legge di delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili – obbligava il Governo a mantenere fermi i criteri di competenza precedentemente fissati dalla legislazione previgente.

Ad ogni modo, nel caso in cui la domanda giudiziale sia proposta ad un giudice incompetente, questi, nel declinare la propria competenza, deve disporre che la causa sia riassunta dinanzi all'autorità giudiziaria competente – secondo i criteri sopra evidenziati – a norma dell'art. 4, comma 4, d.lgs. 150/2011; riassunzione che, in assenza di specifica indicazione legislativa, è da eseguirsi a norma dell'art. 50 c.p.c. e, quindi, nel termine fissato dal giudice con l'ordinanza declinatoria di competenza o, in mancanza, in quello di tre mesi dalla comunicazione della predetta ordinanza.

Individuato il giudice competente, il procedimento di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato si propone con ricorso che, a pena di inammissibilità, deve essere depositato presso la cancelleria del giudice competente entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero.

Come peraltro stabilito dalla corte Costituzionale⁴, il legislatore ha precisato che il ricorso può essere depositato anche attraverso l'utilizzo del servizio postale, di modo che il deposito sarà tempestivo qualora la spedizione del plico avvenga entro il termine sopra evidenziato; in tale eventualità farà fede il timbro apposto sulla busta spedita alla cancelleria dell'ufficio giudiziario competente.

3. La sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero. – Dal momento che il procedimento di cui ci stiamo occupando ha natura oppositiva ed il provvedimento di recupero di un aiuto di Stato è dotato di immediata ese-

⁴ C. Cost., 18 marzo 2004, n. 98, in *Giur. it.*, 2004, p. 1809 ss.

cutività, l'art. 9 d.lgs. 150/2011, con i commi 2, 3 e 4, al pari di quanto precedentemente disciplinato dall'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, commi 1, 2 e 3, si preoccupa di regolare il meccanismo attraverso il quale chiedere ed ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento in discorso.

All'indomani dell'emanazione del d.lgs. 150/2011, un primo problema che si è posto agli interpreti è stato quello di comprendere il valore della deroga operata dall'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 all'art. 5 dello stesso decreto il quale, dal canto suo, disciplina la sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento impugnato attraverso uno qualsiasi dei procedimenti civili confluiti nel d.lgs. 150/2011.

Con maggiore impegno esplicativo, ci si è chiesti se l'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 deroghi all'intera disciplina dettata dall'art. 5 d.lgs. 150/2011, oppure se, per quanto non esplicitamente previsto da quello, valgano le prescrizioni contenute nell'anzidetto art. 5.

A tal proposito una parte della dottrina ha affermato che, abbracciando la seconda soluzione, si avrebbero due importanti conseguenze operative: a) sarebbe possibile chiedere ed ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato con decreto pronunciato fuori udienza e *inaudita altera parte* – salva successiva conferma della sospensione *de qua* con ordinanza entro la prima udienza successiva – giusto il disposto di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 150/2011; b) l'ordinanza con la quale il giudice abbia concesso ovvero negato la sospensione dell'efficacia esecutiva in discorso non sarebbe soggetta ad alcun rimedio, così come prescritto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 150/2011.

A sostegno di questa lettura deporrebbe un duplice argomento: uno di carattere letterale e l'altro più strettamente interpretativo.

Sotto il profilo letterale si è osservato che l'art. 9 d.lgs. 150/2011 si preoccupa di fissare esclusivamente i requisiti richiesti per ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero

di un aiuto di Stato, con la conseguenza di dover rintracciare *aliunde* le modalità attraverso le quali chiedere e conseguire la misura in discorso.

In chiave interpretativa, invece, si è affermato che l'operatività dell'anzidetto art. 5 d.lgs. 150/2011, alle controversie in tema di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, discenderebbe dalla constatazione che l'art. 9, comma 1, d.lgs. 150/2011 – nel rinviare in quanto compatibili alle disposizioni di cui all'art. 6 d.lgs. 150/2011 –, non esclude l'applicazione del comma 7 del predetto art. 6, a tenore del quale «l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'art. 5».

Questa lettura, a ben considerare, non appare condivisibile né convincente e presta il fianco ad almeno quattro rilievi critici.

In primo luogo, non sembra tenersi in debita considerazione il disposto dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 laddove espressamente deroga all'intera disciplina dell'art. 5 d.lgs. 150/2011.

In secondo luogo, non sembra affatto che la lettura in combinato degli artt. 5 e 9 del d.lgs. 150/2011 sia necessaria per affermare la possibilità per il giudice di sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato fuori udienza e *inaudita altera parte*: anche l'art. 9 d.lgs. 150/2011 autorizza, infatti, senza ausilio dell'art. 5 d.lgs. 150/2011, la parte a chiedere la concessione della misura in parola fuori udienza ed il giudice a concederla *inaudita altera parte*. A tal riguardo, infatti, è sufficiente soffermarsi sulla lettera dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011, nella parte in cui recita che nelle controversie in tema di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, «il giudice, *su richiesta di parte*, può sospendere l'efficacia esecutiva del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni (...)».

Emerge, dunque, come il giudice, potendo disporre la sospensione *de qua* «solo» su richiesta di parte, vi possa provvedere sia fuori udienza sia in udienza: nel primo caso lo farà con decreto *inaudita altera parte*, nel secondo con ordinanza.

A tacer d'altro, a smentire l'opinione di coloro i quali ritengono che la deroga operata dall'art. 9 d.lgs. 150/2011 consenta di ritenere applicabile, ove non diversamente disposto, le prescrizioni di cui all'art. 5, d.lgs. 150/2011, è un argomento di carattere sistematico.

Invero, al fine di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato il legislatore, come si analizzerà fra breve, chiede la sussistenza «cumulativa» di due requisiti: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Ora, l'art. 5, comma 2, d.lgs. 150/2011 afferma che il giudice può sospendere l'efficacia esecutiva del «provvedimento impugnato» con decreto *inaudita altera parte* alla sola dimostrazione di un «pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile». Ne deriva che il sostenere che la possibilità per il giudice di sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato con decreto *inaudita altera parte* passi dall'applicazione del comma 2 dell'art. 5 d.lgs. 150/2011, significherebbe ritenere che la misura *de qua* possa essere concessa alla ricorrenza del solo *periculum in mora*; il che, però, significherebbe tradire la chiara volontà del legislatore di subordinare, nell'art. 9 d.lgs. 150/2011, la concessione della misura in parola alla ricorrenza cumulativa del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Infine, occorre osservare come in tema di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, l'art. 9 d.lgs. 150/2011 riproduce fedelmente il contenuto del previgente art. 1 d.l. 59/2008 (convertito con modificazioni dalla l. 101/2008) – eccetto il comma 3, periodo 3, dichiarato incostituzionale dalla Consulta⁵ –; ne consegue che, aderendo all'impostazione favorevole a riconoscere l'applicabilità dell'art. 5 d.lgs. 150/2011 ai giudizi di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, non si comprenderebbe perché l'ordinanza che conceda ovvero neghi la misura in narrativa debba seguire un regime giuridico diverso rispetto alla disciplina

di cui al previgente art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, ed essere, quindi, non soggetta ad alcun rimedio, nonostante la simmetria tra le due formulazioni legislative.

Pertanto, in tema di tutela cautelare avverso un provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, continuando a trovare applicazione le norme sul procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., si avranno tre importanti ricadute operative: a) l'adozione di un provvedimento negativo di concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto di recupero non preclude la riproposizione dell'istanza qualora si verifichino mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto e di diritto, così come disposto dall'art. 669-*septies* c.p.c.; b) l'ordinanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato è modificabile e revocabile ai sensi dell'art. 669-*decies* c.p.c.; c) contro la predetta ordinanza, con la quale è stato concesso ovvero negato il provvedimento cautelare, è esperibile il reclamo secondo le regole di cui all'art. 669-*terdecies* c.p.c.

4. *Condizioni per la concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero.* – Qualora sia chiesta la sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento di recupero di un aiuto di Stato – dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, in esecuzione di una decisione di recupero della Commissione ex art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999 – il destinatario del provvedimento *de quo* deve dimostrare, a norma dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011, «cumulativamente» due requisiti: il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Più precisamente, per il *fumus boni iuris* occorre provare la sussistenza di «gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero, ovvero evidente errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato o evidente errore nel calcolo della somma da

⁵ C. Cost., 23 luglio 2010, n. 281, in *Riv. giur. trib.*, 2010, p. 944 ss.

recuperare e nei limiti di tale errore», mentre per il *periculum in mora* occorre dimostrare il «pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile».

Iniziando da quest'ultimo, occorre osservare come la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto di recupero sia possibile solo in caso di accertato «pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile» che deve sostanziarsi in un «pericolo concreto, effettivo ed immediato di un danno grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto e non suscettibile di un successivo ristoro in presenza di una decisione definitiva favorevole all'istante»⁶.

Si è in proposito precisato che, da un lato, l'accertamento di tale presupposto non possa limitarsi all'entità dell'importo richiesto, ma deve tener conto anche della complessiva situazione patrimoniale ed aziendale del richiedente e, dall'altro lato, che al fine di valutare la sussistenza del *periculum in mora*, il giudice debba valutare anche il comportamento tenuto dal beneficiario di un aiuto dichiarato «illegale» dalla Commissione europea, successivamente alla pubblicazione della decisione di recupero nella G.U.U.E.

Ne deriva che più tempo intercorrerà tra la pubblicazione della decisione con la quale la Commissione europea dichiara un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno e la notifica del provvedimento di recupero da parte dell'autorità amministrativa competente a chiederne la restituzione, più difficoltoso sarà provare la sussistenza del *periculum in mora*, in quanto il beneficiario ha avuto un ragionevole arco temporale per precostituirsì un'adeguata riserva finanziaria tesa a fronteggiare la prevedibile notifica del provvedimento di recupero di un aiuto indebitamente erogato⁷.

Più complessa è, invece, la disciplina del requisito del *fumus boni iuris*.

La predeterminazione normativa di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 co-

stituisce il traguardo di un'evoluzione giurisprudenziale della corte di Giustizia – culminata con le pronunce *Zuckerfabrik*⁸ e *Atlanta*⁹ –, attraverso la quale si è cercato di limitare la concessione di una tutela cautelare in materia di recupero di aiuti di Stato. Questa esigenza, ribadita anche nella Comunicazione della Commissione 2007/C 272/05, è approdata nell'ordinamento nazionale, dapprima attraverso il disposto dell'art. 1 d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con modificazioni dalla l. 6 aprile 2007, n. 46, in seguito per via dell'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, e successivamente per mezzo dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011.

Iniziando dalla prima ipotesi contemplata da quest'ultima disposizione, il giudice può concedere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato qualora sussista un grave motivo di illegittimità della decisione di recupero.

Il successivo comma 3, dell'art. 9 d.lgs. 150/2011, tuttavia, esclude che il giudice possa accogliere la predetta richiesta qualora la parte istante – «pur avendone facoltà perché individuata o chiaramente individuabile» – non abbia proposto impugnazione avverso la decisione di recupero ai sensi dell'art. 263 TFUE, e successive modificazioni, ovvero quando, avendo proposto l'impugnazione, non abbia richiesto la sospensione della decisione di recupero ai sensi dell'art. 278 del Trattato medesimo ovvero l'abbia richiesta e la sospensione non sia stata concessa».

In proposito la corte di Giustizia ha precisato che il beneficiario di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, il quale avrebbe potuto (e dovuto) impugnare la decisione della Commissione europea, non può contestare la legittimità della stessa dinanzi al giudice nazionale nell'ambito di un ricorso avverso il provvedimento di recu-

⁶ Cfr. circ. Agenzia delle entrate del 29 aprile 2008, n. 42.

⁷ Cfr. ancora la circ. Agenzia delle entrate del 29 aprile 2008, n. 42. In applicazione di queste coordinate v. Comm. tribut. 2°, reg. Toscana Firenze, 5 maggio 2009, n. 76, in *Dir. e prat. trib.*, 2010, 1365 ss.

⁸ C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e 92/89, *Zuckerfabrik Suderdithmarschen A.G. e altri* - "Zuckerfabrik", in *Racc.* 1991, p. I-415.

⁹ C. giust. UE, 9 novembre 1995, causa C-465/93 *Atlanta Fruchtanbelsgesellschaft mbH e altri* - "Atlanta", in *Racc.* 1995, p. I-3761.

pero emanato dall'autorità amministrativa a ciò preposta.

Nello specifico la corte di Giustizia ritiene che, qualora si consentisse, in circostanze del genere, l'opposizione all'esecuzione della decisione comunitaria eccedendo l'illegittimità di quest'ultima dinanzi al giudice nazionale, all'interessato sarebbe riconosciuta «la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza del termine di ricorso previsto all'art. 230, comma 5, CE»¹⁰.

Passando al contenuto dei «gravi motivi» di illegittimità della decisione di recupero, la corte di Giustizia ha avuto modo di osservare che il giudice nazionale «non può adottare provvedimenti provvisori se non quando le circostanze di fatto e diritto invocate dai ricorrenti lo inducano a convincersi dell'esistenza di gravi dubbi sulla validità del regolamento comunitario sul quale l'atto amministrativo impugnato è fondato. Solo la possibilità di un'invalidazione, riservata alla corte, può infatti giustificare la concessione di provvedimenti provvisori in sede nazionale»¹¹.

Nel valutare la sussistenza di tali requisiti, inoltre, il giudice deve tener conto anche di precedenti pronunce della stessa corte di Giustizia o del Tribunale circa la legittimità dell'atto comunitario¹².

Verificate le predette condizioni, il giudice nazionale, qualora ravvisi la sussistenza dei gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero e accerti che non sussistano i motivi ostativi alla concessione della misura *de qua* appena scrutinati, a norma dell'art. 9, comma 3, d.lgs. 150/2011, deve provvedere «all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla corte di Giustizia, se ad essa non sia stata

già deferita la questione della legittimità dell'atto comunitario contestato».

Nel procedere a tale rinvio, il giudice non può limitarsi a proporre alla corte una domanda di pronuncia pregiudiziale per l'accertamento della validità della decisione di recupero, ma «deve precisare, al momento di concedere il provvedimento urgente, i motivi per i quali ritiene che la corte sarà indotta a dichiarare l'invalidità dell'atto comunitario»¹³.

Quando accoglie l'istanza di sospensione per l'illegittimità della decisione di recupero, l'autorità giudicante deve provvedere all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla corte di Giustizia, sempre che ad essa non sia stata già deferita la questione di validità dell'atto comunitario contestato; in entrambi i casi, la giurisprudenza ha precisato che il giudice dovrà disporre la sospensione del processo che si sta svolgendo dinanzi a lui a norma dell'art. 295 c.p.c.¹⁴.

Secondo caso che può concretare il *fumus boni iuris* è rappresentato dalla sussistenza di un «evidente» errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato dichiarato incompatibile dalla Commissione europea. Tale erroneità deve emergere allo stato degli atti e senza che sia necessaria alcuna particolare indagine. Questa necessità trova fondamento nell'aggettivo «evidente» che il legislatore ha voluto utilizzare per caratterizzare l'errore idoneo a concretare la sussistenza del *fumus boni iuris*.

Terza ed ultima ipotesi che può integrare il requisito del *fumus boni iuris* è l'evidente errore nel calcolo della somma da recuperare e nei limiti di tale errore. Anche qui, come per l'ipotesi precedente, il legislatore utilizza l'aggettivo «evidente»

¹⁰ C. giust. UE, 9 marzo 1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf v. Federal Republic of Germany*, in *Racc.* 1994, p. I-833; C. giust. UE, 15 febbraio 2001, C-239/99, *Nachi Europe GmbH v. Hauptzollamt Krefeld*, in *Racc.* 2001, p. I-1197; C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica Francese*, in *Racc.* 2006, p. I-10071, punto 59.

¹¹ C. giust. UE, 9 novembre 1995, «Atlanta», cit., punto 35.

¹² C. giust. UE, 20 maggio 2010, causa C-210/

09, *Scott Kimberly Clark v. Ville d'Orléans*, in *Racc.* 2010, p. I-4613.

¹³ C. giust. UE, 9 novembre 1995, «Atlanta», cit., punto 36; C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione v. Italia*, C-304/09, in *Racc.* 2010, p. I-13903.

¹⁴ Cass., 21 giugno 2006, n. 14411, in *Foro it.*, 2007, I, 1886, con nota di P. PORRECA; Cass., 21 giugno 2006, n. 14357, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Procedimento civile*, n. 320; Cass., 23 giugno 2006, n. 14595, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Procedimento civile*, n. 317.

con la conseguenza che l'errore di calcolo dovrà emergere «con evidenza» dagli atti di causa senza che sia necessaria alcuna indagine sul merito della pretesa. Inoltre, nell'eventualità che il giudice disponga la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato per un «evidente» errore di calcolo, l'art. 9, comma 3, d.lgs. 150/2011 dispone che la predetta sospensione possa essere concessa nei soli limiti dell'errore invocato, di modo che la parte del provvedimento non colpita da errore continuerà ad essere dotata di immediata esecutività.

Nei casi appena scrutinati – errore soggettivo ed errore di calcolo –, peraltro, in caso di accoglimento dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, il giudice nazionale non deve rinviare alcuna questione alla corte di Giustizia, ma dovrà, ai sensi dell'art. 9, comma 4, d.lgs. 150/2011, «fissare la data dell'udienza di trattazione nel termine di trenta giorni e la causa decisa nei successivi sessanta giorni».

5. *Il procedimento di opposizione.* – Chiusa la parentesi sull'incidente cautelare, si può tornare all'analisi del procedimento di opposizione.

Depositato il ricorso nel termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento ovvero sessanta giorni nel caso in cui il destinatario risieda all'estero, il giudice fissa, con decreto, l'udienza di discussione a norma dell'art. 415, comma 2, c.p.c., così come espressamente richiamato dall'art. 6, comma 8, d.lgs. 150/2011; ne deriva che, da un lato, il giudice deve pronunciare il decreto di fissazione d'udienza entro cinque giorni dal deposito del ricorso e, dall'altro lato, le parti sono tenute a comparire personalmente alla prima udienza.

Contestualmente a tale decreto, il giudice deve ordinare all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in Cancelleria, dieci giorni prima dell'udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione.

Come accadeva sotto l'impero dell'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 9, comma 1, d.lgs. 150/2011 e 6, comma 8, d.lgs. 150/2011, ricorso e decreto sono notificati, a cura della cancelleria, all'opponente e all'autorità che ha emesso il provvedimento di recupero di un aiuto di Stato.

Nulla, invece, è espressamente previsto riguardo i termini a difesa per l'autorità che abbia emesso il provvedimento in discorso; troveranno, quindi, applicazione i commi 5 e 6 dell'art. 415 c.p.c. a tenore dei quali tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni, termine elevato a quaranta giorni qualora una delle notificazioni sia da eseguirsi all'estero.

A questo punto, l'autorità che ha emesso il provvedimento di recupero di un aiuto di Stato ha l'onere di costituirsi in giudizio secondo le regole ordinarie di cui all'art. 416 c.p.c.

Giunti all'udienza, il giudice deve innanzitutto verificare che il ricorso in opposizione al provvedimento di recupero di un aiuto di Stato sia stato depositato in cancelleria nel termine indicato dall'art. 6, comma 6, d.lgs. 150/2011 (trenta giorni dalla notificazione del provvedimento ovvero sessanta giorni nel caso in cui il destinatario risieda all'estero); così, in caso di deposito tardivo, l'autorità giudicante adita dovrà, ai sensi dell'art. 6, comma 10, lett. a), d.lgs. 150/2011, dichiarare il ricorso «inammissibile con sentenza», la quale sarà normalmente appellabile secondo le regole del rito del lavoro.

Ancora, se alla prima udienza l'opponente o il suo difensore non si presentino senza addurre alcun legittimo impedimento, l'art. 6, comma 10, lett. b), d.lgs. 150/2011 dispone che il giudice debba convalidare con ordinanza appellabile il provvedimento di recupero di aiuto di Stato e provvedere sulle spese processuali, salvo che l'illegittimità del provvedimento *de quo* risulti dalla documentazione allegata dall'opponente, ovvero l'autorità che ha emesso l'ordinanza abbia

omesso il deposito dei documenti di cui all'art. 6, comma 8, d.lgs. 150/2011.

Passando alla fase di trattazione ed istruzione della causa occorre segnalare che le attività di allegazione e prova seguono le preclusioni dettate dal rito del lavoro contenute nel c.p.c., con la precisazione che il giudice può esercitare i poteri istruttori di cui all'art. 421, comma 2, c.p.c. ma non oltre i limiti sanciti dal codice civile.

Per la pronuncia della sentenza, non disponendo nulla le norme contenute nel d.lgs. 150/2011, si applicheranno le disposizioni di cui all'art. 429 c.p.c., commi 1 e 2, c.p.c.

Infine, in caso di accoglimento dell'opposizione a provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, trova applicazione l'art. 6, comma 12, d.lgs. 150/2011 (così come richiamato dall'art. 9, comma 1, d.lgs. 150/2011) e, pertanto, il giudice può annullare in tutto o in parte il provvedimento di recupero «anche limitatamente all'entità» della somma dovuta.

Per quanto infine concerne le impugnazioni, emerge il normale regime di impugnabilità proprio del rito del lavoro.

III. AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO

In tema di aiuti di Stato la questione circa l'ammissibilità di talune azioni risarcitorie si è sempre presentata alquanto problematica.

Se è vero infatti che l'obbligo risarcitorio a carico degli Stati membri, riconosciuto più volte dalla corte di Giustizia a partire dalla nota sentenza *Francovich*¹⁵, rappresenta ormai un principio acquisito del diritto comunitario, è altrettanto vero che esso non sia ancora stato adeguatamente preso in considerazione nel settore degli aiuti di Stato; non è, infatti, del tutto chiaro in che termini, a quali condizioni e chi possa utilmente coltivare un'azione risarcitoria in tale materia.

Prima di occuparci della concreta ammissibilità di tali azioni risarcitorie, biso-

gna preliminarmente soffermarsi sul riparto di giurisdizione, in quanto, come già indicato per l'azione di opposizione a provvedimenti di recupero, il legislatore, con l'art. 49 l. 234/2012, ha assegnato la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A tal riguardo appare opportuno precisare che i primi commentatori della novella sono divisi sull'interpretazione della norma appena riferita. Mentre, infatti, alcuni ritengono che l'art. 49 l. 234/2012, assegnando la giurisdizione in via esclusiva al giudice amministrativo, escluderebbe *in toto* la giurisdizione del giudice civile, altri sostengono che, qualora l'atto concretante un aiuto di Stato dichiarato «illegale» dalla Commissione, sia un atto «tutto privato», potrebbe residuare uno spazio per radicare la giurisdizione in capo al giudice civile.

La questione, invero, si pone con esclusivo riferimento ad un'azione risarcitoria proposta in via autonoma, ovvero sia non connessa ad un'azione di annullamento dell'atto o provvedimento amministrativo concretante violazione della normativa in materia di aiuti di Stato; in questo ultimo caso, infatti, nessun dubbio sembra porsi nel ritenere esclusivamente dotato di *potestas iudicandi* il giudice amministrativo.

Bisogna quindi chiedersi se sia possibile avanzare una domanda risarcitoria autonoma dinanzi al giudice amministrativo per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato in quanto, qualora ciò non fosse possibile, tale azione andrà proposta dinanzi al giudice ordinario.

Sul punto si può osservare che prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, poche questioni hanno appassionato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza come quella della cosiddetta «pregiudizialità amministrativa»; non essendo questa la sede per ripercorrerne le tappe, ai fini che qui interessano preme segnalare che l'art. 30 c.p.a., nel disciplinare l'azione di condanna nei confronti della P.A., prevede, al comma 3, la possibilità che la pretesa risarcitoria sia

¹⁵ C. giust. UE, 19 novembre 1991, "Francovich", cit.

promossa indipendentemente dal previo annullamento dell'atto.

Ne deriva che, aderendo all'idea secondo cui l'art. 49 l. 234/2012 esclude *in toto* la giurisdizione del giudice civile, le azioni di risarcimento del danno, ancorché proponibili e proposte in via autonoma in materia di aiuti di Stato, dal 19 gennaio 2013 dovranno proporsi al giudice amministrativo, salvo quanto diremo per l'azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598, comma 2, c.c.

Diversamente, qualora dovesse ritenersi residuare uno spazio per la giurisdizione del giudice civile, le relative azioni di risarcimento del danno, proposte in via autonoma, non essendovi alcuna peculiarità, seguiranno le ordinarie regole stabilite in generale dal codice di procedura civile.

Svolte queste doverose precisazioni in punto di riparto di giurisdizione, possiamo occuparci della concreta ammissibilità di tali azioni risarcitorie.

La Commissione europea, con la nota Comunicazione del 9 aprile 2009¹⁶, ha precisato che i giudici nazionali possono essere chiamati a pronunciarsi su domande di risarcimento danni causati dall'aiuto di Stato «illegale» a concorrenti del beneficiario e a terzi. La corte di Giustizia, peraltro, ha ripetutamente confermato che in tema di aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il mercato comune, i terzi lesi possono intentare «azioni di risarcimento del danno in base alle norme del diritto nazionale»¹⁷.

È di palmare evidenza, infatti, che il soggetto prioritariamente responsabile di eventuali danni generati da un erroneo utilizzo della normativa sugli aiuti di Stato non può che essere lo Stato stesso; nel dettaglio, questi può porre in essere

un duplice ordine di infrazioni: in primo luogo, può erogare un aiuto senza previamente comunicare alla Commissione europea i «progetti diretti a istituire o modificare aiuti» oppure dando esecuzione alle misure progettate e comunicate alla Commissione europea senza attendere la decisione finale di questa (c.d. violazione della clausola di *standstill*); in secondo luogo, lo Stato può disattendere la decisione della Commissione europea di provvedere al recupero dell'aiuto di Stato dichiarato «illegale» omettendo di attivare la procedura di recupero della somma indebitamente erogata.

Da questa possibile duplice violazione, tre sono le fattispecie risarcitorie che possono venire alla luce: *a*) un'azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro lo Stato; *b*) un'azione risarcitoria del beneficiario dell'aiuto contro lo Stato; *c*) un'azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro il beneficiario dell'aiuto.

1. *Azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE.* – La Commissione europea, con Comunicazione del 9 aprile 2009, C-85/01, ha ritenuto ammissibile un'azione risarcitoria del concorrente del soggetto beneficiario dell'aiuto di Stato, erogato e successivamente dichiarato «illegale», contro lo Stato, individuandone il fondamento nelle note sentenze *Francoovich*¹⁸ e *Brasserie du Pêcheur*¹⁹.

In linea con tali arresti giurisprudenziali, la Commissione europea ha precisato che gli Stati membri «sono tenuti a compensare le perdite e i danni causati agli individui da violazioni del diritto comunitario delle quali sia responsabile lo Stato membro»²⁰.

¹⁶ Comunicazione Commissione del 9 aprile 2009 2009/C 85/01.

¹⁷ Cfr. anche C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication v. SIDE - "Celf"*, in *Racc.* 2008, p. I-469, punti 53 e 55; C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich e altri v. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri*, in *Racc.* 2006, p. I-9957, punto 56; C. giust. UE, 11 dicembre 2008, causa C-334/07 P., *Commissione delle Comunità europee v. Freistaat Sachsen*, in *Racc.* 2008, p. I-9465, punto 54; C. giust.

UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e altri v. La Poste e altri - "Sfei"*, in *Racc.* 1996, p. I-3547, punto 75.

¹⁸ V. *supra* nota 15.

¹⁹ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame v. Repubblica Federale di Germania e altri*, in *Racc.* 1996, p. I-1029.

²⁰ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cit., punto 31; C. giust. UE, 19 novembre 1991, "Francovich", cit., punti 31-37.

Ovviamente l'accoglimento di una siffatta domanda risarcitoria è subordinato alla ricorrenza cumulativa delle note condizioni elaborate dalla giurisprudenza della corte di Giustizia in tema di azioni di risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazione delle norme di diritto comunitario, ovvero: a) la prescrizione violata deve essere destinata a conferire diritti agli individui; b) la violazione deve essere sufficientemente grave; c) deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato e i danni subiti dalla parte lesa²¹.

Bisogna peraltro segnalare che, nonostante la violazione degli obblighi di notifica e/o di *standstill*, in uno alla decisione della Commissione europea che dichiara l'aiuto erogato «illegale», la responsabilità dello Stato potrebbe comunque essere esclusa, ovvero limitata, qualora il concorrente danneggiato sia responsabile per aver determinato ovvero contribuito con la sua condotta alla realizzazione del danno²².

In disparte le violazioni degli obblighi di notifica e di *standstill*, il concorrente di un'impresa beneficiaria di un aiuto «illegale» potrebbe dolersi della violazione, da parte dello Stato, dell'obbligo di recupero gravante sullo stesso a seguito di una «decisione di recupero» della Commissione europea ex art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999. A tal riguardo, è sufficiente sottolineare come anche qui l'accesso al risarcimento del danno sarà subordinato alla presenza cumulativa delle note condizioni elaborate dalla corte di Giustizia sopra indicate. Maggiormente difficoltosa, però, potrebbe risultare la dimostrazione del nesso di causalità tra la condotta inerte dello Stato e il pregiudizio economico sofferto, posto che grava sul ricorrente la dimostrazione che il danno assertivamente subito sia conseguenza di-

retta ed immediata della mancata attivazione della procedura di recupero da parte dello Stato.

2. *Azione risarcitoria del beneficiario dell'aiuto di stato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE.* – Si discute da tempo sulla possibilità per il soggetto beneficiario dell'aiuto di Stato, tenuto alla sua restituzione perché dichiarato «illegale» dalla Commissione europea, di chiedere allo Stato il risarcimento del danno.

Ci si è, in particolare, chiesti se sia ammissibile un'azione risarcitoria del beneficiario di un aiuto di Stato il quale, subita la «revoca» dell'aiuto, contesti allo Stato italiano la violazione dell'art. 108, § 3, TFUE laddove non abbia comunicato preventivamente alla Commissione europea il progetto diretto ad istituire o modificare un aiuto ovvero non abbia atteso, prima di erogare l'aiuto, la decisione finale dell'anzidetta Commissione.

Per un primo orientamento, favorevole al riconoscimento di una siffatta azione risarcitoria, si è sostenuto che il sistema di controllo e di esame degli aiuti di Stato previsto dall'art. 108, § 3, TFUE, non imporrebbe alcun dovere specifico al beneficiario dell'aiuto, in quanto gli obblighi di notifica e *standstill* avrebbero come unico destinatario lo Stato membro. Si è, per tale via, affermato che nulla vieterebbe di ritenere che anche il beneficiario di un aiuto «illegale» possa accedere al risarcimento del danno contro lo Stato che abbia violato le prescrizioni di cui all'art. 108, § 3, TFUE.

Questa impostazione, tuttavia, non può essere condivisa per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, occorre richiamare la costante giurisprudenza sia della corte di Giustizia²³ sia della giurisprudenza italiana²⁴ laddove, affermando che lo Stato

²¹ C. giust. UE, 13 giugno 2006, cit., punto 45.

²² C. giust. UE, 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e 37/90, *Mulder e altri v. Consiglio delle comunità europee e Commissione delle comunità europee*, in *Racc.* 1992, p. I-3061, punto 33; C. giust. UE, 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*, in *Racc.* 2007, p. 2107, punto 124. Nel nostro ordinamento cfr. l'interpretazione fornita dell'art. 1227 c.c. dalla

nota sentenza di Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corr. giur.*, 2011, con nota di Scoca p. 979 ss.

²³ C. giust. UE, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica Italiana v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2002, p. I-2289, punto 104; C. giust. UE, 29 aprile 2004, cit.

²⁴ Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, in *Notiz. giur. lav.*, 2012, 537; App. Torino, 2 dicembre 2009, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Previdenza sociale*, n.

membro – le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione dell'art. 108, § 3, TFUE – «non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini del recupero dell'aiuto in esecuzione di una decisione della Commissione europea», sostiene, parimenti, che il beneficiario di un aiuto – successivamente dichiarato «illegale» – non può invocare il suo legittimo affidamento circa la correttezza della procedura seguita dallo Stato per essere esonerato dalla restituzione.

Detto altrimenti è stato precisato che il carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti di Stato operata dalla Commissione europea consente, da una parte, ai soggetti beneficiari di un aiuto di riporre legittimo affidamento sulla regolarità dell'erogazione di quello solamente nel caso in cui venga erogato nel rispetto della procedura prevista dall'art. 108, § 3, TFUE²⁵ e, dall'altra parte, che qualunque operatore economico diligente è normalmente in grado di compiere tale verifica²⁶.

In secondo luogo, bisogna considerare che qualora si accogliesse l'orientamento favorevole a riconoscere tutela risarcitoria al soggetto beneficiario di un aiuto, poi dichiarato «illegale» dalla Commissione europea, si vanificherebbe, di fatto, l'intera disciplina del recupero degli aiuti di Stato. A ben considerare, infatti, accadrebbe che le somme indebitamente erogate da parte dello Stato, tenuto al loro recupero, sarebbero poi successivamente

dovute dallo Stato stesso a favore del beneficiario a titolo di risarcimento del danno.

Ci sembra, allora, che il beneficiario di un aiuto di Stato, successivamente dichiarato «illegale» dalla Commissione europea non possa accedere al risarcimento del danno per violazione da parte dello Stato delle prescrizioni di cui all'art. 108, § 3, TFUE.

3. *Azione del concorrente contro il beneficiario per violazione del disposto di cui all'art. 108, § 3, TFUE.* – A seguito degli arresti giurisprudenziali che hanno riconosciuto, in caso di violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 108, § 3, TFUE, la possibilità per il concorrente danneggiato di agire in giudizio per chiedere ed ottenere il risarcimento del danno direttamente allo Stato, ci si è chiesti se sia parimenti ammissibile un'azione dello stesso concorrente danneggiato, contro il beneficiario dell'aiuto dichiarato «illegale».

Nel noto caso *Sfei*, la corte di Giustizia ha espressamente esaminato la questione se il diritto comunitario consenta l'esperibilità di azioni di risarcimento del danno promosse dal concorrente danneggiato direttamente contro il beneficiario dell'aiuto «illegale»²⁷. A tal riguardo la corte ha fornito una risposta negativa, evidenziando che l'art. 108, § 3, TFUE, non impone alcun obbligo diretto al beneficiario bensì soltanto allo Stato membro. Tuttavia, la stessa corte di Giustizia ha affermato che l'impossibilità di coltivare azio-

312; TAR Sardegna - Cagliari, 19 gennaio 2011, n. 41, in www.mondogiuridico.com; TAR Lombardia - Milano, 12 novembre 2009, n. 5059, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio - Roma, 11 gennaio 2005, n. 167, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ C. giust. UE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione delle Comunità Europee v. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.* 1990, I-3437, punto 14; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cit.; C. giust. UE, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz v. Alcan Deutschland GmbH*, in *Racc.* 1997, p. I-1591, punto 25; C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Repubblica ellenica v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2004, p. I-3997; C. giust. UE, 11 novembre 2004, cause riunite C-183 P e 187/02 P, *Daewoo Electronics Manufacturing España SA (Demesa) e altri v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*

2004, p. I-10609. Per la giurisprudenza nazionale v. Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, cit.; App. Torino, 2 dicembre 2009, cit.; TAR Sardegna - Cagliari, 19 gennaio 2011, n. 41, cit.; TAR Lombardia - Milano, 12 novembre 2009, n. 5059, cit.; TAR Lazio - Roma, 11 gennaio 2005, n. 167, cit.

²⁶ C. giust. UE, 20 settembre 1990, cit., punto 14; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cit.; C. giust. UE, 20 marzo 1997, cit., punto 25; C. giust. UE, 11 novembre 2004, cit. Per la giurisprudenza interna v. le già richiamate Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, cit.; App. Torino, 2 dicembre 2009, cit.; TAR Sardegna - Cagliari, 19 gennaio 2011, n. 41, cit.; TAR Lombardia - Milano, 12 novembre 2009, n. 5059, cit.; TAR Lazio - Roma, 11 gennaio 2005, n. 167, cit.

²⁷ C. giust. UE, 11 luglio 1996, "Sfei", cit., punti 72-74.

ni di risarcimento del danno direttamente contro il beneficiario di un aiuto «illegale» in base alle norme comunitarie, non esclude che siffatte azioni possano promuoversi sulla base delle disposizioni dell'ordinamento giuridico interno; a tal riguardo, è stato affermato che i potenziali ricorrenti potrebbero invocare, a loro tutela, le norme nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale²⁸.

Tre allora sembrano, in particolare, le azioni astrattamente ipotizzabili: un'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., la particolare azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. e l'azione inibitoria di cui all'art. 2599 c.c.

Sotto il primo profilo non vi sono particolari annotazioni da farsi: si tratterà di un comune giudizio ordinario da promuoversi secondo le ordinarie regole contenute nel c.p.c. Si può peraltro precisare che il requisito del «fatto doloso o colposo» richiesto dall'art. 2043 c.c. sembra integrato «*in re ipsa*» alla luce del costante orientamento giurisprudenziale secondo cui grava sul beneficiario di un aiuto di Stato un generale obbligo di diligenza circa il rispetto della procedura di cui all'art. 108, § 3, TFUE²⁹.

Sotto gli altri due profili, invece, in disparte le peculiarità dell'azione di concorrenza sleale *ex art.* 2598 c.c. e la disciplina della tutela inibitoria di cui all'art. 2599 c.c., in tale sede preme svolgere qualche precisazione circa l'individuazione del giudice competente.

Sotto tale ultimo profilo, bisogna distinguere i casi di azione di concorrenza sleale c.d. «pura»³⁰ da quella invece connessa ad una delle materie indicate nell'art. 3 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, così come riformato dall'art. 2 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

Nel primo caso, al quale possiamo equiparare l'azione di concorrenza sleale non connessa ad una delle materie indi-

cate nell'anzidetto art. 3 d.lgs. 168/2003, l'individuazione del giudice competente sarà da effettuarsi secondo le regole ordinarie di cui al codice di procedura civile.

Nel secondo caso, invece, la controversia andrà proposta al c.d. «tribunale delle imprese», per effetto del disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 3 d.lgs. 168/2003, a tenore del quale «le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2». Di conseguenza, l'individuazione del giudice competente, in questo secondo caso, non passa più dall'applicazione degli artt. 7 ss. c.p.c., bensì dal rispetto delle prescrizioni contenute nel combinato disposto di cui agli artt. 4 e 1 d.lgs. 168/2003.

IV. AZIONE DI RESTITUZIONE PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO

In dottrina e in giurisprudenza si è, altresì, posta la questione circa l'ammissibilità di un'azione restitutoria di somme corrisposte per un'imposta dichiarata incompatibile con il mercato comune dalla Commissione europea, perché integrante violazione delle norme in tema di aiuti di Stato.

Prima di occuparci della concreta ammissibilità di una siffatta azione, anche qui, appare opportuno svolgere alcune precisazioni in tema di riparto di giurisdizione.

Come ampiamente già riferito, il patrio legislatore, con l'art. 49 l. 234/2012, ha assegnato la materia degli aiuti di Stato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. A differenza, però, di quanto visto per la tutela risarcitoria, per l'azione di restituzione non dovrebbero sussistere dubbi nel ritenere che dal 19 gennaio 2013, giorno di entrata in vigore della l. 234/2012, non residui alcuno

²⁸ C. giust. UE, 11 luglio 1996, «Sfei», cit., punto 75.

²⁹ (V. *supra* § III-2).

³⁰ Sul concetto di azione di concorrenza sleale pura v. Trib. Roma, 14 marzo 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 847 ss., con nota di GENOVESE; Trib. Ca-

gliari, 21 gennaio 2009, in *Riv. giur. sarda*, 2011, p. 59, con nota di GIANNOTTE; Cass., 18 maggio 2010, n. 12154, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 390; Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 483.

spazio possibile per la giurisdizione del giudice ordinario.

In questa sede ci limiteremo, dunque, a svolgere alcune considerazioni sull'ammissibilità nel nostro ordinamento di un'azione di restituzione per violazione delle norme sugli aiuti di Stato; nello specifico una siffatta azione è stata ammessa con riferimento ad una nota controversia in tema di canone radiotelevisivo (c.d. canone Rai)³¹.

Nel caso di specie, è accaduto che alcuni abbonati al servizio pubblico radiotelevisivo, ritenendo incompatibile con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato la normativa interna laddove, alla mera detenzione di un televisore nel territorio nazionale, impone la riscossione di un canone di abbonamento obbligatorio da distrarre a favore della società Rai S.p.A., si sono rivolti al giudice civile al fine di chiedere la restituzione ex art. 2033 c.c. dei canoni pagati con relativi accessori, previo eventuale rinvio alla corte Europea della questione circa la compatibilità del predetto canone con la normativa comunitaria. Dopo due gradi di merito, la corte di Cassazione, richiamando la costante giurisprudenza della corte di Giustizia, secondo cui è ammissibile un'azione restitutoria di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario quando «le modalità di finanziamento di un aiuto mediante tassa costituiscano parte integrante della misura di aiuto»³², ha rigettato la domanda evidenziando che la disciplina del canone radio-televisivo italiano non urta la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato.

Ne consegue, dunque, che il nostro ordinamento consente di chiedere ed ottenere la restituzione, ai sensi dell'art. 2033 c.c., di somme di denaro per imposte o tasse dichiarate incompatibili con la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato; azione che, come abbiamo precisato, dovrà essere proposta dinanzi al giudice amministrativo.

ANDREA PERIN

Bibliografia

L. BIANCHI, «Gli incerti confini dell'onere della prova nella procedura di recupero degli aiuti di Stato illegittimi», in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 912 ss.; M. BOVE, «Applicazione del rito lavoro nel d.lgs. n. 150 del 2011», in *www.judicium.it*, p. 1 ss.; F. CAPELLO, «La giurisprudenza della corte di Giustizia in materia di aiuti di Stato», in *Dir. prat. trib.*, 2006, II, p. 803 ss.; P. DE LUCA, «Sulla legittimazione attiva delle imprese concorrenti di beneficiari di aiuti di Stato», in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 575 ss.; R. GAROFALO, «Recupero di aiuti di Stato illegittimi e (in)efficienza del rito del lavoro: le disposizioni urgenti del d.l. 59/2008», in *Lavoro giur.*, 2008, p. 787 ss.; B. NASCIBENE, «Giudice nazionale, recupero di aiuti di Stato e rinvio pregiudiziale d'urgenza alla corte di Giustizia», in *Corr. giur.*, 2009, p. 858 ss.; A. PACE, «Recupero di aiuti di Stato e tutela cautelare», in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 867 ss.; A. PERIN, *Panoramica e problemi applicativi della 'nuova' semplificazione dei riti di cui al d.lgs. 150/2011*, Velletri, 2012; P. PORRECA, «Giudizio comunitario di annullamento e sospensione ex art. 295 c.p.c.», in *Foro it.*, 2007, I, c. 1886 ss.; L. VASSALLO, «Il ruolo dei giudici nazionali nelle controversie in materia di aiuti di Stato», in *Corr. giur.*, 2010, p. 705 ss.

³¹ Cass., 26 marzo 2012, n. 4776, in *www.cassazione.net*.

³² Cass., 26 marzo 2012, n. 4776, cit. Per la giurisprudenza comunitaria cfr. C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant v. Staatssecretaris van Financiën*, in *Racc.* 2005, p. I-85; C. giust. UE, 21 otto-

bre 2003, cause riunite C-261 e 262/01, *Stato belga v. Eugene van Calster e altri*, in *Racc.* 2005, p. I-12249; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cause riunite da C-192 a C-218/95, *Société Comateb e altri v. Directeur général des douanes et droits indirects*, in *Racc.* 2005, p. I-165.