

Il regime degli aiuti di Stato

Corso di aggiornamento e formazione online

*organizzato in collaborazione con la Direzione generale
della Concorrenza della Commissione europea*

12-13 giugno 2023

**IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE
NELL'ENFORCEMENT DEGLI AIUTI DI STATO.**

***IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO NAZIONALE E I PRINCIPALI
CASI GIURISPRUDENZIALI A LIVELLO NAZIONALE.***

Angela Rotondano
Consigliere di Stato

I. PREMESSE E INQUADRAMENTO GENERALE.

A) FONTI NORMATIVE.

La ricostruzione del ruolo del giudice nazionale va operata tenendo conto:

- dell'art. 108, par. 3 TFUE;
- della Comunicazione della Commissione relativa *all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*)¹, ora quella del 2021 che sostituisce quella del 2009: entrambe le comunicazioni hanno lo scopo di informare i giudici nazionali e i terzi interessati circa i rimedi azionabili in sede nazionale- in particolare le azioni volte al recupero dell'aiuto e quelle di risarcimento danni- a tutela delle posizioni giuridiche pregiudicate dalla violazione delle norme sugli aiuti di Stato. La comunicazione è dunque essenzialmente incentrata sul c.d. *private enforcement*. la comunicazione prevede anche le forme di collaborazione tra le istituzioni comunitarie e i giudici nazionali, offrendo loro la possibilità di chiedere pareri sulla corretta interpretazione delle disposizioni dettate nel settore degli aiuti di Stato, in aggiunta all'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia;
- dello Studio richiesto dalla Commissione nel 2019, *Study on the enforcement of State and rules and decisions by national courts*.

Inoltre, deve richiamarsi il parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema di regolamento recante le modalità di funzionamento del Registro nazionale per gli aiuti di Stato di cui all'art. 52, l. n. 234 del 2012. Il Consiglio di Stato, in data 2 dicembre 2016, ha reso il parere, favorevole con osservazioni, sullo schema di regolamento del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, recante le modalità di funzionamento del Registro nazionale per gli aiuti di Stato, di cui all'articolo 52 della legge n. 234/2012. Lo schema di regolamento, frutto di una approfondita istruttoria, disciplina il funzionamento del Registro, concepito come dispositivo per la raccolta di informazioni e per i controlli in materia di aiuti di Stato, nonché come strumento funzionale all'assolvimento dei vigenti obblighi di trasparenza².

¹ La Commissione ha pubblicato nel 2021 la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali 2021/C 305/01 che ha sostituito la precedente Comunicazione del 2009.

Negli ultimi tempi, in concomitanza con la crisi economico-sociale e sanitaria, il dibattito sugli aiuti di Stato si è focalizzato più che sulle modalità di *enforcement* sull'ampliamento senza precedenti delle ipotesi di compatibilità di molte categorie di aiuti e sulla proroga della loro efficacia.

Il nuovo documento, ad ogni modo, riafferma la funzione centrale tanto della stessa Commissione che dei giudici nazionali, sottolineando il rilievo di quest'ultimi ai fini di un efficace *enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato.

Va ovviamente ricordato che non si tratta di un documento vincolante e il giudice potrebbe discostarsene. Tuttavia, le comunicazioni della Commissione assumono particolare valore, sia in quanto tendono a ricostruire il quadro giurisprudenziale esistente, sia perché mirano ad incentivare – come è nel caso di specie – forme di collaborazione sempre più forti con i giudici nazionali. È ovviamente non celato anche il tentativo di indirizzare i giudici, appartenenti a diversi Stati membri, verso una “linea comune” di applicazione delle norme processuali interne, inducendoli a limare orientamenti e prassi che potrebbero creare ostacoli a un efficace *enforcement* delle regole sugli aiuti di Stato.

Nella nuova Comunicazione si assiste, dunque, a un rafforzamento dell'*enforcement public e private*.

² Parere del Consiglio di Stato, sez. Atti Normativi, n. 2527 del 2.12.2016.

B) ALCUNE DEFINIZIONI UTILI.

Sono utili alcune definizioni comunemente utilizzate dal diritto della concorrenza dell'Unione europea e prese in prestito da quest'ultimo settore anche nell'ambito della materia degli aiuti di Stato, ovvero il *public* e il *private enforcement*.

Il giudice nazionale opera in entrambe le direzioni:

a1) **nell'ambito del *public enforcement* il giudice nazionale cura interessi pubblici.** Ciò può avvenire o perché l'esercizio delle prerogative pubbliche della Commissione crei difficoltà e quindi controversie o perché la risoluzione del contenzioso consente di tutelare interessi pubblici. Il caso tipico è dato **dal recupero degli aiuti di Stato** che può essere ordinato dalla Commissione (in caso di aiuto illegale o incompatibile) e **che il giudice nazionale deve assicurare quale sua *longa manus***); si tratta di un esempio classico di *public enforcement*, perché il principale interesse sotteso a questa azione ha carattere pubblico, ovvero il ripristino della situazione concorrenziale precedente all'illecita erogazione;

a2) viceversa, **nell'ambito del *private enforcement***, il giudice nazionale è chiamato a tutelare interessi privati, lesi in conseguenza della violazione della disciplina sugli aiuti di Stato, coinvolgendo casi in cui l'iniziativa di riesaminare la conformità degli aiuti di Stato alla luce degli artt. 107 e 108 TFUE è presa da parti private.

C) LE COMPETENZE DELLA COMMISSIONE E I POTERI DEL GIUDICE NAZIONALE. CONSIDERAZIONI GENERALI.

Giova poi evidenziare che:

- 1) **in primo luogo, l'intera materia degli aiuti di Stato- e non solo il recupero- ha evidente rilevanza pubblica, con accentuati poteri esclusivi della Commissione;** infatti, possiamo dire che, nonostante la continua evoluzione del settore e il crescente coinvolgimento delle parti private, da sempre la disciplina degli aiuti di Stato ruota intorno al binomio Commissione-Stato, immutate essendo rimaste le regole di cui agli artt. 107 e 108 TFUE, i quali hanno sin dall'origine affidato alla Commissione la competenza in via esclusiva della compatibilità degli aiuti di Stato; competenza che è invece preclusa ai giudici nazionali, i quali, invece, provvedono alla salvaguardia dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica degli aiuti di Stato alla Commissione o di inadempimento dell'obbligo di c.d. stand still (cioè nel caso di erogazione prematura dell'aiuto, in assenza dell'autorizzazione della Commissione). **In sintesi il giudice nazionale non può sconfinare nei poteri discrezionali spettanti alla Commissione europea;**
- 2) in secondo luogo, quale che sia la classificazione proposta per i due tipi di *enforcement* in materia di aiuti di Stato³, sul giudice nazionale incombe comunque nell'*enforcement*- che esso sia *public* o *private*- **una obbligazione di risultato, quello del ripristino dello *status quo ante*, cioè della situazione concorrenziale lesa dall'erogazione dell'aiuto illegale o incompatibile, pur nel rispetto della sua autonomia procedurale,** in forza del quale egli è

³ Al riguardo occorre rammentare che il diritto europeo non distingue tra le diverse azioni che possono essere esperite dinanzi al giudice nazionale in base alla natura della posizione giuridica azionata, ma richiede che i giudici nazionali, **in base ai principi di equivalenza ed effettività**, traggano tutte le conseguenze giuridiche previste dal diritto nazionale al fine di far rispettare gli obblighi stabiliti dai Trattati.

libero di individuare i rimedi più appropriati e idonei a garantire il rispetto della norma comunitaria violata⁴;

- 3) in terzo luogo, nonostante gli accentuati poteri in capo alla Commissione, poteri nei quali il giudice nazionale non può sconfinare, non avendo alcun sindacato sulla validità di una eventuale decisione di compatibilità o incompatibilità dell'aiuto (ma potendo soltanto come vedremo ove nutra gravi riserve sul punto sollevare un rinvio pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di Giustizia), il ruolo del giudice nazionale non è affatto marginale o secondario: quest'ultimo, infatti, svolge in entrambi i casi- che si tratti dell'ordine di recupero e della sua corretta esecuzione o della violazione degli obblighi procedurali, di notifica o *stand still*- un ruolo di estremo supporto al controllo della Commissione, in quanto al giudice sono garantiti poteri coercitivi interdetti alla Commissione.

D) IL RUOLO “AUTONOMO” E “COMPLEMENTARE” DEL GIUDICE NAZIONALE.

Da quanto finora detto si comprende, dunque, perché è ricorrente in dottrina e in giurisprudenza l'affermazione secondo cui i due ruoli, della Commissione e del giudice nazionale, sono dunque **autonomi, ma collegati e complementari**.

È vero infatti che la valutazione di compatibilità di un aiuto con il diritto comunitario è rimessa in via esclusiva alla Commissione e il privato non può chiedere al giudice nazionale di pronunciarsi, in via principale o incidentale, su un'eventuale incompatibilità. È vero cioè che, a differenza di quanto accade nel diritto della concorrenza⁵ dove già il Regolamento 1/2003 ha provveduto ad estendere anche ai giudici nazionali il sindacato sull'art. 101, comma 3, TFUE, la competenza esclusiva della Commissione preclude al giudice nazionale di valutarne la “compatibilità” con il mercato comune in base ai criteri enunciati dall'art. 107⁶ e ciò **non può che limitare i poteri a tutela delle posizioni private**⁷.

È però anche vero che il giudice nazionale svolge un ruolo di estremo supporto alle istituzioni europee nell'attuazione del sistema di controllo degli aiuti di Stato, delineato dai Trattati e dalla pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia, **che incombe alla Commissione, da un lato, e ai giudici nazionali, dall'altro, con “ruoli distinti ma complementari”**⁸

⁴ Si tratta del principio dell'autonomia procedurale temperata in forza dell'applicazione dei principi di equivalenza ed effettività:

⁵ In tale settore l'organo giudiziario è chiamato a fare applicazione della regole e dell'eccezione espressa nella norma prefigurante possibili esenzioni a divieti di intese; **viceversa in materia di aiuti di Stato è rimasto immutato il regime di controllo centralizzato** che, pur consentendo al giudice nazionale di interpretare la nozione di aiuto (autonomamente ovvero richiedendo l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia con lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE o della stessa Commissione con i previsti mezzi di “collaborazione informativa”), non gli consente di valutarne la compatibilità con il mercato comune.

⁶ Tale compito spetta in prima battuta *solo ed esclusivamente* alla Commissione sotto il controllo del giudice comunitario.

⁷ Il giudice nazionale, infatti, può unicamente valutare se l'aiuto soddisfi o meno tutte le condizioni stabilite dal regolamento di esenzione per categoria, mentre non può valutare la compatibilità dell'aiuto, compito rimesso in via esclusiva alla Commissione nell'esercizio dei suoi poteri di controllo.

⁸ In particolare, giudici nazionali svolgono un ruolo “*distinto*” e “*complementare*” rispetto a quello della Commissione perché, al fine di salvaguardare i diritti dei concorrenti e dei terzi dal divieto di concessione di aiuti che non siano stati previamente notificati e successivamente approvati, sono tenuti a ricercare se la misura controversa rientri nella nozione di aiuto (art. 107 n. 1 TFUE) e risulti per l'effetto rispettata la procedura di controllo preventivo (art. 108 n. 3 TFUE), traendone le conseguenze giuridiche proprie del diritto nazionale

Il ruolo “complementare”, rispetto alla Commissione, del giudice nazionale è dunque, ad un tempo, **preventivo**⁹, nel contribuire a delineare le fattispecie suscettibili di essere qualificate come aiuti di Stato, e **successivo** – una volta che l’aiuto sia stato dichiarato illegittimo – nell’eliminare gli ostacoli all’applicazione della misura di recupero.

In altri termini, **poiché la Commissione non ha un potere coercitivo diretto nei confronti dei privati**, possiamo dire che il *private enforcement*, cioè le azioni intentate dai privati che invocano la violazione dell’art. 108, comma 3, TFUE, nell’ambito del quale il giudice nazionale riveste un ruolo centrale, certamente si rivela un utilissimo strumento per indurre gli Stati ad adempiere gli obblighi del Trattato e quelli derivanti dalla decisione della Commissione.

Alla luce di tutto quanto finora detto, possiamo dire che in questo contesto, il giudice nazionale assume, per forza di cose, il ruolo di principale garante dei diritti di derivazione comunitaria.

E. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE IN TEMA DI AIUTI DI STATO

Sicuramente non ci è sfuggito che quando parliamo di giudice nazionale nel nostro ordinamento facciamo soprattutto riferimento **al giudice amministrativo al quale a seguito della legge comunitaria del 2012 è stata devoluta l’intera giurisdizione in materia di aiuti di Stato**

L’intervento del giudice amministrativo in siffatte ipotesi ha, infatti, acquistato nuova linfa in virtù della devoluzione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 49 comma 2, l. 24 dicembre 2012, n. 2342 (che ha, a tal fine, novellato l’art. 133 c.p.a., recante le “*materie di giurisdizione esclusiva*”, aggiungendovi la lett. *z-sexies*). **Si conferma così la vocazione del giudice amministrativo quale giudice naturale degli interventi pubblici nel campo dell’economia**¹⁰

sul piano della legalità, con disapplicazione delle disposizioni interne contrarie ed invalidazione degli atti di esecuzione disponendo il recupero dell’aiuto finanziario illegittimamente concesso.

⁹ Il giudice amministrativo delinea le fattispecie suscettibili di essere qualificate come aiuto di Stato, anche allorché ne precisa i confini oggettivi e l’estensione; si pensi al caso di misura notificata e autorizzata, per cui occorre verificare se un determinato intervento sia riconducibile all’aiuto autorizzato o rientri in una specifico regolamento di esenzione, mediante una forma di controllo che investe anche le concrete modalità di attuazione di un determinato progetto o intervento: un esempio di questo tipo di controllo e/o verifica cui è chiamato il giudice nazionale lo ritroviamo in giurisprudenza **nella sentenza del T.a.r. Lazio, Sez. III, 9624/2017 del 7 settembre 2017, che ha deciso il ricorso proposto da una Associazione di imprese la quale ha impugnato il decreto ministeriale recante le *Modalità di erogazione delle risorse per investimenti a favore delle imprese di autotrasporto per l’annualità 2016***” (pubblicato in G.U. del 15.9.2016, n. 216), limitatamente all’art. 1, comma 4, lett. b) laddove assegna 6,5 milioni di sovvenzione statale non solo alla rottamazione dei “*camion*” più obsoleti ed inquinanti, ma anche alla loro radiazione mediante esportazione di essi al di fuori dell’UE; in pratica si trattava di accertare se il trasferimento all’estero dei mezzi più obsoleti e inquinanti, al pari della loro rottamazione per la quale era stata notificata e autorizzata la sovvenzione statale, fosse ricompreso tra gli interventi finanziabili ai fini ambientali e se fosse in linea con la normativa dell’Unione europea in materia di aiuti statali ammessi ai sensi degli art. 106, 107 e 108 del TFUE.

¹⁰ Negli ultimi anni si registra, infatti, la scelta, sempre più consapevole, del legislatore di attribuire al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva il compito di **giudice naturale della regolamentazione economica** (di “*giudice dell’economia*” secondo un’espressione largamente condivisa).

Nell'ambito del sistema di controllo sugli aiuti di Stato, al giudice nazionale compete dunque: *a*) il fondamentale ruolo di tutelare i diritti dei singoli lesi dalla concessione di aiuti in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (cc.dd. aiuti illegali); *b*) un ruolo importante anche nell'ambito delle controversie relative all'esecuzione delle decisioni della Commissione di recupero dell'aiuto illegale e incompatibile.

I. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE.

A. L'EFFETTO DIRETTO DELL'ART. 108, par. 3, TFUE.

Il potere del giudice nazionale di offrire una tutela ai privati, in particolare i concorrenti, ma anche i beneficiari e, deriva come noto dall'efficacia diretta dell'art. 108, comma 3, TFUE riconosciuta dalla Corte di Giustizia a partire da una giurisprudenza ormai risalente¹¹.

Tale efficacia diretta deriva dalla sufficiente chiarezza e precisione della norma e dalla sua "incondizionatezza" (o incondizionabilità). L'effetto diretto garantisce l'applicazione del diritto europeo e il suo effetto utile costituendo di certo il fondamento essenziale del *private enforcement*. Si tratta, tuttavia, soltanto di un punto di partenza e non di un elemento risolutivo.

L'art. 108 § 3 TFUE impone, come è noto, agli Stati membri un duplice obbligo: da un lato, d'informare previamente la Commissione dei progetti diretti a istituire nuovi aiuti ovvero a modificare aiuti esistenti (c.d. **obbligo di notifica**); dall'altro, di non dare corso alla loro esecuzione prima che la Commissione abbia adottato una decisione finale sulla loro compatibilità con il mercato interno in forza dei criteri enunciati all'art. 107, §§ 2 e 3, TFUE (c.d. **obbligo di standstill definito "clausola di sospensione" dall'art. 3 del Reg. 659/1999**).

La norma configura, pertanto, un *doppio obbligo procedurale a carico degli Stati*.

L'efficacia diretta riguarda tanto l'obbligo di notifica quanto il divieto di attuazione dell'aiuto.

Va ricordato che anche le decisioni della Commissione che dichiarano un aiuto illegale o incompatibile con il mercato comune hanno effetto diretto¹². Ciò comporta che la discrezionalità delle autorità statali nell'eseguire la decisione della Commissione attiene esclusivamente alle modalità di attuazione, che devono comunque garantire che il recupero dell'aiuto illegale avvenga senza indugio.

È discusso poi se la violazione del solo obbligo di notifica, senza che lo Stato abbia tuttavia dato esecuzione alle misure di aiuto, sia atta a conferire ai singoli un diritto azionabile in giudizio, **in tutti quei casi in cui non sia così chiara la presenza di un aiuto di Stato**, e cioè ove vi sia un dubbio sulla configurabilità di un aiuto statale¹³.

¹¹ Cfr. sentenze Costa c. Enel, 15 luglio 1964; Lorenz, 11 dicembre 1973.

¹² Tanto è stato affermato dal giudice europeo sin dal 1973 con la sentenza Campolongo.

¹³ Si rinvia per gli approfondimenti sul punto al materiale allegato "questioni controverse".

B. I POTERI DEL GIUDICE NAZIONALE.

I poteri del giudice nazionale di rilevare le conseguenze della violazione dell'obbligo di *standstill* sono stati precisati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nella nota sentenza SFEI dell'11 luglio 1996.

Come si è evidenziato l'esercizio del potere decisionale da parte della Commissione incide sui poteri del giudice nazionale, che è tenuto ad applicarla e ad assicurarne l'effettività, adoperando gli strumenti a sua disposizione per impedire anche l'erogazione dell'aiuto fin quando non sia intervenuta l'autorizzazione della Commissione.

Il regolamento di procedura, prima il n. 659/1999, poi il successivo 2015/1589, disciplinano il procedimento di controllo degli aiuti di Stato da parte della Commissione, determinando le decisioni che l'istituzione può adottare.

In particolare, al termine della procedura di controllo, la Commissione può adottare:

- a) **una attestazione negativa**, se la misura non è un aiuto;
- b) **una decisione positiva**, se l'aiuto è compatibile;
- c) **una decisione condizionale**, se l'aiuto può essere erogato, previa modifiche;
- d) **una decisione negativa**, se l'aiuto è incompatibile.

Se la misura è stata regolarmente notificata e non vi è stata una prematura erogazione, queste decisioni concludono il rapporto di collaborazione tra autorità nazionali e Commissione, confluito nel procedimento amministrativo che individua come parti lo Stato che ha notificato e l'istituzione-

In caso invece di inosservanza dell'art. 108 TFUE (e, cioè, sia che l'aiuto non sia stato notificato, sia che sia stato erogato prematuramente, e più in generale per qualsiasi violazione degli obblighi procedurali posti dalla norma europea), il giudice nazionale è tenuto a:

- a) trarne tutte le *conseguenze giuridiche* derivanti dalla illegittimità della misura di aiuto¹⁴, conformemente al suo diritto nazionale, sia sul piano della validità degli atti istitutivi delle misure di aiuto quanto sul piano del recupero degli aiuti concessi¹⁵;
- b) tutelare i diritti dei singoli applicando ogni rimedio previsto dall'ordinamento nazionale e disapplicando le eventuali norme interne contrastanti con il diritto europeo;
- c) pronunciare tutte le misure idonee a porre rimedio all'esecuzione degli aiuti illegittimi, incluse le misure provvisorie affinché il beneficiario non conservi la disponibilità degli aiuti illegalmente concessi fino alla decisione della Commissione.

La prima conseguenza a seguito dell'illegittimità di un aiuto posto in essere in violazione degli obblighi previsti dal Trattato è l'invalidità degli atti interni che hanno creato la misura statale e di quelli successivi con cui l'aiuto stesso è stato erogato.

Tale invalidità non è sanata neanche da una decisione finale della Commissione che dichiari l'aiuto compatibile con il mercato comune: infatti, tale decisione produce solo effetti *ex nunc* e

¹⁴ A tal fine il giudice nazionale è competente a valutare se la misura sottoposta alla sua attenzione sia qualificabile come aiuto e in caso di dubbio potrà attivare, d'ufficio o su istanza di parte, la procedura di rinvio pregiudiziale.

¹⁵ Ciò discende dal carattere sufficientemente preciso e incondizionato della norma.

non può operare retroattivamente. Una diversa interpretazione favorirebbe, del resto, l'inosservanza da parte degli Stati membri dei divieti di messa in atto dei progetti di aiuto¹⁶.

La decisione positiva produce dunque effetti solo *pro futuro*.

In particolare, secondo un principio costante *“un aiuto non notificato, compatibile con il mercato comune, non ha l'effetto di sanare a posteriori gli atti di esecuzione invalidi comunque per il fatto di essere stati adottati in violazione dell'obbligo di notifica e stand still”*¹⁷.

In applicazione di questo principio il Consiglio di Stato¹⁸ ha affermato quanto segue: *“La convalida successiva della Commissione europea di aiuti di Stato non notificati non sana retroattivamente la valutazione di compatibilità espressa dalla Commissione europea a sanatoria in un periodo successivo può comportare effetti nei rapporti tra lo Stato e la Comunità europea, la quale eventualmente può rinunciare alla comminatoria di ulteriori sanzioni nei confronti dello Stato inadempiente, ma non vale a sanare, con effetto retroattivo ex tunc, l'illegittimità del beneficio attribuito in base ad una normativa e ad atti non preventivamente notificati alla Commissione stessa. La disciplina eurounitaria di cui gli artt. 87 e 88 del Trattato CE (e, attualmente, alle corrispondenti norme del TFUE) è preordinata ad un regime di libera concorrenza, al fine di evitare che il sostegno finanziario pubblico si traduca (o possa tradursi) nell'alterazione della par condicio tra le imprese operanti all'interno del mercato comune (in pregiudizio degli altri operatori del settore con stabilimento in Stati privi degli ausili in parola): a ciò consegue che, per un verso, la sopravvivenza nei diversi ordinamenti degli aiuti di Stato è consentita solo in presenza di determinati presupposti (risultando altrimenti le disposizioni interne contrastanti incompatibili con l'ordinamento comunitario si da dover essere disapplicate da parte del giudice dello Stato membro), per altro verso che gli aiuti incompatibili con l'ordinamento comunitario (in quanto potenzialmente idonei ad alterare la par condicio nel libero mercato) devono essere necessariamente sottoposti ad un sistema obbligatorio di autorizzazione preventiva da parte delle istituzioni comunitarie competenti; in particolare, gli aiuti sono sottoposti al controllo della Commissione che li autorizza quando rientrano in una delle deroghe previste dal Trattato, godendo al riguardo di un ampio potere discrezionale, salvo l'obbligo di motivazione; salvo che per gli aiuti de minimis (ovvero per quelle agevolazioni di importanza minore e ritenuti non in grado per il loro importo ridotto di alterare la libera concorrenza) e per le misure specificamente esentate, per gli aiuti di Stato l'art. 88, comma 3, TCE (oggi artt. 108, par. 3, del TFUE) prevede un generale obbligo di notifica preliminare alla Commissione (in tempo utile perché questa presenti le sue osservazioni) di tutti i progetti diretti a istituire aiuti o a modificare aiuti esistenti.”*¹⁹

L'illegittimità della misura produce poi effetti *ex tunc* con conseguente obbligo per lo Stato di ripristinare lo *status quo ante*, mediante la soppressione dell'aiuto e il **recupero del quantum erogato**²⁰.

¹⁶ Quindi, ricapitolando, in caso di illegalità dell'aiuto, per violazione dell'obbligo di notifica o *standstill* imposto dall'art. 108. 3 del Trattato, la prima conseguenza sarà dunque l'illegittimità delle misure adottate dagli Stati: **illegittimità che resta ferma e insanabile anche all'esito di una successiva decisione della Commissione che dichiara la misura di aiuto compatibile con il mercato.**

¹⁷ Corte di Giustizia, 21 ottobre 2003, cause riunite.

¹⁸ **Consiglio di Stato sez. V - 15/07/2019, n. 4962** [Fonte: Foro Amministrativo (II) 2019, 7-08, 1246]

²⁰ Se il recupero è la logica conseguenza dell'illegittimità della misura di aiuto, il giudice nazionale ha comunque la facoltà di disporre una misura diversa purché egualmente idonea a raggiungere il risultato

Prima ancora, qualora l'aiuto sia in corso di esecuzione, il giudice potrà **disporre la sospensione della sua erogazione. Inoltre, egli potrà, nell'ambito del giudizio intentato per il recupero, concedere misure cautelari e ordinare al beneficiario di restituire provvisoriamente l'aiuto versandolo in un conto congelato.**

Il giudice può altresì disporre il **risarcimento dei danni** subiti da un concorrente in ragione dell'illegittima erogazione di un aiuto a terzi soggetti.

Il giudice non può invece assolutamente estendere l'aiuto ad una più ampia cerchia di beneficiari, perché ciò equivarrebbe ad alterare ancor più l'assetto concorrenziale, senza centrare l'obiettivo del suo intervento che è e rimane quello di ripristinare lo *status quo ante* e di tutelare i concorrenti lesi dalla misura di aiuto prematuramente erogata.

Insomma, trovandosi nella migliore posizione per trarre tutte le conseguenze giuridiche dal punto di vista interno connesse alla illegittimità della misura, il giudice nazionale deve rimediare concretamente agli effetti della situazione illegittima, per cui:

- a) egli ha l'obbligo, attraverso gli strumenti a sua disposizione, di raggiungere il risultato voluto dal diritto dell'Unione europea (id est, il ripristino dello *status quo ante*²¹);
- b) pertanto, anche la valutazione delle circostanze eccezionali che siano ostative al recupero dell'aiuto andrà condotta non sulla base dei parametri interni, ma alla luce del diritto comunitario;²²
- c) il giudice nazionale è vincolato dalle decisioni della Commissione e, ove nutra dubbi in ordine alla sua validità, non potrà discostarsene, ma dovrà sollevare un rinvio pregiudiziale di validità, nei limiti e alle condizioni indicate dalla giurisprudenza TWD per il caso in cui la questione non sia stata sollevata dal privato legittimato che non abbia impugnato la decisione nei termini previsti;

richiesto, e cioè il ripristino della situazione *ex ante*. Infatti, come chiarito dalla Corte di Giustizia (sentenza Residex dell'8 dicembre 2011, Causa C-275/10) "il diritto dell'Unione non impone alcuna conseguenza determinata che i giudici nazionali debbano obbligatoriamente trarre quanto alla validità degli atti di esecuzione dell'aiuto", spettando al giudice del rinvio verificare, tenuto conto delle specifiche circostanze di causa, quale sia lo strumento più efficace ai fini del ripristino della situazione concorrenziale *ex ante*. Non sempre, infatti, l'azione di recupero può rilevarsi la più idonea a soddisfare l'interesse del concorrente o al ripristino della situazione *ex ante*. Ad esempio, questo accade qualora gli aiuti siano stati concessi mediante misure fiscali imposte a terzi soggetti: in questo caso, può essere misura idonea non già il recupero dell'aiuto ricevuto dal beneficiario, bensì il rimborso a soggetti terzi- siano essi o meno i concorrenti- dell'onere fiscale corrisposto in attuazione della misura di aiuto illegale.

²¹ La discrezionalità del giudice nazionale di disporre la misura ritenuta più opportuna incontra un limite nell'obiettivo- il ripristino della situazione concorrenziale anteriore all'erogazione dell'aiuto- che i provvedimenti adottati dal giudice nazionale devono conseguire.

²² La facoltà del giudice interno di non disporre il recupero dell'aiuto è quindi fortemente condizionata dall'orientamento assai restrittivo della giurisprudenza comunitaria circa l'identificazione delle circostanze eccezionali che possano giustificare il mancato recupero.

- d) in caso di rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale deve sospendere il giudizio, mentre non vi sarà tenuto (anzi, in linea di massima non dovrà farlo, affinché non permanga la situazione di illegittimità) in pendenza di un procedimento della Commissione²³;
- e) ferma la facoltà di utilizzare lo strumento ritenuto più idoneo (c.d. autonomia procedurale), il giudice interno deve garantire la concreta efficacia del divieto di cui all'art. 108.3, mediante il ripristino dello *status quo ante*.

Altra questione attiene al diverso potere del giudice nazionale di valutare la legalità e compatibilità di un aiuto di Stato nell'ambito dell'art. 106.2. TFUE a mente del quale le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle regole sulla concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, sulla specifica missione loro assegnata²⁴.

²³ Ciò perché, trattandosi della pendenza di un procedimento di natura amministrativa, anche il rischio di una parziale sovrapposizione delle decisioni, che esiste, è assai più limitata di quanto possa verificarsi per l'ipotesi di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

²⁴ Si rinvia al materiale allegato "questioni controverse".

In questa sede, occorre solo ricordare che su tale specifica in questione la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che: *“L'erogazione di un servizio di interesse economico generale a favore di tutti gli utenti, compresi quelli che si trovano in particolari aree geografiche, presuppone che all'impresa vengano riconosciute compensazioni economiche strettamente proporzionate alle perdite subite in ragione dell'erogazione di detto servizio a prezzi inferiori a quelli di mercato. Tali compensazioni devono riguardare sia la copertura dei costi aggiuntivi sia la componente di utile. L'esistenza di una « missione specifica » di interesse pubblico e il rispetto del principio di proporzionalità nella fase di determinazione della integrazione economica impedisce di qualificare tali compensazioni come aiuti di Stato”*²⁵

C. GLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE A DISPOSIZIONE DEL GIUDICE NAZIONALE.

C1. La cooperazione tra il giudice nazionale e la Commissione.

Già la Comunicazione del 2009 enfatizzava la collaborazione tra il giudice nazionale e la Commissione, espressione del più generale dovere reciproco di leale collaborazione tra Stati membri e Unione europea²⁶.

Se questa cooperazione deve necessariamente intendersi in senso bilaterale (e non univoco) deve però rilevarsi anche che la Comunicazione è essenzialmente incentrata sulle forme di ausilio che la Commissione può offrire ai giudici nazionali al fine di assicurare l'obiettivo che è sotteso a tutta la disciplina in materia di aiuti di Stato, e cioè il ripristino della situazione *quo ante*, lesa dalla misura illegale o incompatibile, nella maniera più rapida e corretta possibile.

Esse sono:

- i) la richiesta di informazioni;
- ii) la richiesta di pareri.

I giudici nazionali possono innanzitutto richiedere informazioni alla Commissione riguardo a un procedimento avviato dalla stessa istituzione con particolare riferimento all'avvenuta notifica di un aiuto, all'avvio della procedura di indagine formale o all'adozione di una decisione.

In particolare, attraverso la richiesta di informazioni il giudice nazionale può dotarsi di una serie di conoscenze sulla misura.

Essi sono poi abilitati ad ottenere la trasmissione di documenti utili all'istruttoria nel procedimento nazionale, quali studi di mercato o il testo delle decisioni della Commissione non pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale.

²⁵ Consiglio di Stato sez. VI – 20 novembre 2015, n. 5284 [in Foro Amministrativo (II) 2015, 11, 2818].

²⁶ L'art. 29 del Regolamento di procedura disciplina la cooperazione della Commissione con i giudizi nazionali.

L'aspetto centrale della collaborazione tra giudici nazionali e Commissione è tuttavia la possibilità per i primi di ottenere dalla seconda **pareri rilevanti per il giudizio nazionale**²⁷.

La richiesta di pareri non potrà contenere domande attinenti al profilo della valutazione sulla compatibilità degli aiuti fermo restando che il giudice potrà rivolgere quesiti su aspetti procedurali (ad esempio, potrà chiedere se già penda un procedimento dinanzi alla Commissione per valutare la compatibilità di una determinata misura di aiuto e presumibilmente quando sarà adottata la decisione); essa potrà in linea generale esser volta ad ottenere chiarimenti su aspetti economici e fattuali come l'ammontare dell'aiuto, l'entità del danno, il calcolo degli interessi. Potrà anche riguardare la richiesta di chiarimenti sulla qualificazione di una misura nazionale come aiuto di Stato, sull'applicazione di un regolamento di esenzione a un dato regime di aiuti, sul fatto che misura sia stata già notificata e approvata o ancora su eventuali circostanze eccezionali che escludono l'obbligo di recupero degli aiuti di Stato²⁸.

La Commissione, a sua volta, deve fornire i chiarimenti, fattuali, economici o giuridici richiesti, senza entrare nel merito della controversia (così la Comunicazione del 2009).

Il parere reso dalla Commissione non è vincolante per il giudice nazionale, cui è rimessa anche la valutazione discrezionale sulla scelta di instaurare una forma di collaborazione.

Segue. Gli strumenti di coordinamento e cooperazione tra il giudice nazionale e le istituzioni dell'Unione europea.

Alla complementarietà delle funzioni del giudice nazionale e della Commissione può conseguire la contemporanea pendenza del procedimento giurisdizionale e della procedura di controllo dell'istituzione. Tale situazione è alquanto delicata per il giudice nazionale: la qualifica della misura come aiuto è incerta e può trascorrere ancora del tempo prima della dichiarazione di compatibilità dell'aiuto.

In questo quadro ai fini della salvaguardia della coerenza del sistema di controllo degli aiuti potrebbe essere auspicabile una sospensione del procedimento nazionale, ma la Corte di Giustizia si è costantemente pronunciata in senso contrario²⁹, in quanto la sospensione del procedimento nazionale produrrebbe *de facto* lo stesso effetto di una decisione di rigetto della misura di salvaguardia, consentendo il protrarsi dell'illegalità e il mantenimento del beneficio durante il periodo nel quale ne è vietata l'esecuzione.

La posizione assunta dalla Corte di giustizia rischia di mettere in difficoltà il giudice nazionale, sia per la difficoltà delle questioni economiche e giuridiche sottese alla controversia che con riguardo

²⁷ I vantaggi di una richiesta di pareri alla Commissione piuttosto che il ricorso al rinvio pregiudiziale sono certamente connessi alla maggiore rapidità della richiesta di pareri. È pur vero però che l'interpretazione fornita dalla Commissione potrebbe essere in seguito anche smentita dalla Corte di Giustizia.

²⁸ Cfr. Cons. Stato, V, ordinanza n. 2774 del 17 marzo 2023, con cui il Collegio ha acquisito chiarimenti e informazioni sulle modalità e sui contenuti delle interlocuzioni intercorse tra l'Amministrazione statale e la Commissione Europea e sulla risposta fornita da quest'ultima rispetto alla denuncia della parte privata.

²⁹ cfr. sentenza CELF.

alla necessità che le loro decisioni siano coerenti e conformi con un diritto dell'Unione europea che ancora non esiste, la decisione della Commissione³⁰.

Segue. La leale cooperazione e il ruolo della Commissione nel giudizio nazionale.

Nel ruolo di *amicus curiae*, la Commissione può introdurre direttamente nel procedimento nazionale osservazioni e informazioni di carattere economico e fattuale utili ai fini decisorii. In base al considerando 38 della Comunicazione l'intervento deve essere limitato a casi di particolare rilevanza.

L'apporto della Commissione non può comunque pregiudicare l'indipendenza del giudice, che deve rimanere libero di formare il proprio convincimento sulla base del diritto nazionale e di tutti gli elementi portati alla sua conoscenza nel procedimento nazionale.

C2. IL RINVIO PREGIUDIZIALE.

Il rinvio pregiudiziale come strumento di cooperazione a favore del giudice nazionale.

L'altro strumento fondamentale di ausilio per il giudice nazionale è rappresentato dal rinvio pregiudiziale.

Esso può essere un rinvio pregiudiziale di validità allorché il giudice nazionale dubita della decisione della Commissione. Questi rinvii nella prassi sono piuttosto rari.

Al riguardo deve ricordarsi che il privato, il quale non abbia legittimazione ad agire dinanzi alla Corte di Giustizia, potrà far valere l'eventuale illegittimità di un atto delle istituzioni europee dinanzi al giudice nazionale, affinché questi sollevi **un rinvio pregiudiziale di validità**.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha tuttavia enucleato una serie di principi che il giudice è tenuto ad osservare nell'effettuare un rinvio pregiudiziale di validità.[tavola rotonda]

Secondo la nota sentenza Foto Frost³¹, la coerenza del sistema impone che il giudice nazionale, anche non di ultima istanza, qualora nutra gravi dubbi sulla legittimità dell'atto delle istituzioni tal da non poter essere risolti *prima facie* nel senso della sua validità ha l'obbligo di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, cui spetta in via esclusiva il potere di dichiarare invalido un atto dell'istituzione.

In secondo luogo, sin dalla nota sentenza TWD della Corte di Giustizia del 1994 (sentenza Deggendorf)³², un soggetto privato che, pur potendo sindacare la legittimità di un atto delle istituzioni nelle forme e nei termini dell'art. 263 TFUE, abbia fatto infruttuosamente decorrere il termine di due mesi per l'impugnazione, non potrà successivamente far valere l'eventuale invalidità dell'atto dinanzi al giudice nazionale al fine di indurlo a rivolgersi alla Corte di Giustizia mediante il rinvio pregiudiziale. Si tratta di un principio espressione di quello più generale della certezza del diritto, del quale costituisce corollario la definitività di un atto non impugnato, che presuppone in questa

³⁰ Ciò spiega perché in molti casi i giudici nazionali ravvisano nella pendenza del procedimento della Commissione una causa necessaria di sospensione del procedimento nazionale, anche al fine di trarre le conseguenze che derivano dalla violazione di un obbligo di *stand still* su un dato certo, ovvero che la misura litigiosa costituisca un aiuto e nel caso che sia incompatibile con il mercato interno.

³¹ Causa 314/85 Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost del 22 ottobre 1987.

³² Sentenza della Corte del 9 marzo 1994. TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contro Repubblica Federale di Germania Causa C-188/92.

specifica materia, per garantire la coerenza del sistema, il rispetto del termine di cui all'art. 263 entro il quale è possibile sindacare un atto delle istituzioni. Il giudice nazionale, prima di sollevare un rinvio pregiudiziale di validità, dovrà dunque verificare se il ricorrente era legittimato ad agire e abbia omesso di esercitare tale diritto entro il termine prescritto dall'art. 263³³.

Più frequente è il rinvio pregiudiziale di interpretazione. Il giudice nazionale potrebbe infatti dubitare della portata della decisione della Commissione e necessitare di chiarimenti, soprattutto quando non è dettagliata circa gli elementi del recupero. In questo caso la cooperazione con l'istituzione potrebbe apparire poco utile sia per la coincidenza tra il soggetto che ha adottato la decisione e quello a cui possono essere richiesti chiarimenti sia perché generalmente con i pareri o la richiesta di informazioni si interroga la Commissione su questioni per lo più di carattere economico. La prassi evidenzia che il rinvio pregiudiziale è comunque soprattutto utilizzato per le questioni attinenti alla configurabilità, nella fattispecie esaminata dal giudice nazionale, di un aiuto di Stato, da sottoporre al procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 108, paragrafo 3, TFUE.

Dall'analisi dei dati statistici il numero di rinvii pregiudiziali nel settore degli aiuti di Stato è piuttosto basso rispetto ad altre materie, anche se in tempi più recenti si registra la tendenza dei giudici nazionali a farne più ampio utilizzo anche nel settore in oggetto.

Segue. L'analisi dei casi giurisprudenziali. Alcune ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Di seguito si richiamano le massime di alcune ordinanze di particolare interesse con cui il Consiglio di Stato ha sollevato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla configurabilità, nella fattispecie oggetto di giudizio, di un aiuto di Stato.

³³ Una questione controversa riguarda il rapporto tra quanto stabilito nella sentenza Foto Frost e il principio espresso nella pronuncia TWD.

Non è infatti del tutto chiarito se il giudice nazionale abbia l'obbligo di effettuare d'ufficio un rinvio pregiudiziale sulla validità di una decisione della Commissione sulla quale egli nutra personalmente nutra un grave dubbio anche allorquando una delle parti, pur indiscutibilmente legittimata ad impugnarla, abbia fatto spirare il termine dei due mesi previsto dall'art. 273. Si chiede cioè se il potere-dovere del giudice nazionale di sollevare un rinvio pregiudiziale di validità di una decisione della Commissione sulla cui legittimità egli nutra gravi dubbi-potere attribuito al giudice con funzione di interesse generale, e cioè per salvaguardare la legalità dell'intero sistema, può essere condizionato dall'inerzia del privato che non impugna la decisione oppure non formula semplicemente una eccezione di validità dell'atto comunitario. Per l'analisi più dettagliata della questione si rinvia al materiale allegato "*questioni controverse*".

Con ordinanza 7 marzo 2022, n.1620 il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia le seguenti questioni: “a) se l'art. 1, paragrafo 2, del regolamento 1370/2007/CE deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione del regolamento 1370/2007/CE all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore; b) in caso di riscontro negativo al primo quesito, ove si ritenga applicabile il regolamento n. 1370 cit. anche all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore, si chiede ulteriormente “se l'art. 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso di imporre, anche in relazione all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio pubblico comprendente il trasporto di passeggeri con tram, una verifica sulla forma giuridica assunta dall'atto di affidamento, con l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, cit. gli atti che non assumano la forma di contratti di concessione di servizi”; c) in caso di riscontro positivo al secondo quesito, si chiede ulteriormente se l'art. 5, paragrafo 1, lett. b) e comma 2, direttiva 2014/23/UE deve essere interpretato nel senso che deve essere escluso il trasferimento all'affidatario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi qualora il contratto oggetto di affidamento: 1) si basi sul gross cost, con l'imputazione della titolarità dei ricavi in capo all'Ente affidante; 2) preveda in favore del gestore, quali ricavi di gestione, unicamente un corrispettivo versato dall'Ente affidante, commisurato ai volumi di esercizio erogato (con esclusione, dunque, del rischio di domanda); 3) lasci in capo all'ente affidante il rischio operativo di domanda (per la riduzione dei corrispettivi in ragione di una riduzione dei volumi di servizio oltre predefiniti limiti), il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti), il rischio finanziario (per il mancato o ritardato pagamento dei corrispettivi, oltre che per il mancato adeguamento dei corrispettivi), nonché il rischio per cause di forza maggiore (derivante dall'alterazione non prevedibile delle condizioni di svolgimento del servizio); nonché 4) trasferisca all'ente affidatario il rischio operativo dell'offerta (per variazioni dei costi dei fattori non controllabili dall'operatore - energia, materie prime, materiali), il rischio per relazioni industriali (derivante dalle variazioni del costo del personale ai sensi della contrattazione collettiva), il rischio gestionale (discendente da una dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali), nonché il rischio socio-ambientale (derivante da eventi accidentali in corso di esecuzione su beni funzionali per l'erogazione del servizio); d) infine, si chiede se gli artt. 107, paragrafo 1, Tfu e 108, paragrafo 3, Tfu devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 108, paragrafo 3, Tfu una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci anni, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore”³⁴.

³⁴ Fonte: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2022, 1, 105

Con ordinanza della Quarta Sezione 4 dicembre 2019, n.8299, il Consiglio di Stato ha domandato alla Corte di Giustizia di chiarire se è aiuto di Stato il regolamento applicato ora per allora sull'accisa agevolata sul biodiesel: *“È rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea se — in relazione agli artt. 107 e 108 TFUE, al Regolamento (CE) N. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, e successive modificazioni, al Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 e alle eventuali ulteriori pertinenti disposizioni del diritto euro-unitario — costituisca aiuto di Stato, come tale soggetto all'onere di previa notifica alla Commissione europea, un atto normativo secondario quale il regolamento adottato con il d.m. n. 37 del 2015 che, in diretta esecuzione di sentenze del Consiglio di Stato recanti il parziale annullamento dei regolamenti precedenti già comunicati alla Commissione, abbia inciso « ora per allora » sulle modalità di applicazione dell'accisa agevolata sul biodiesel modificando retroattivamente i criteri di riparto del beneficio fra le imprese richiedenti senza estendere la durata temporale del programma di agevolazioni fiscali”*.³⁵

³⁵ Fonte: *Foro Amministrativo (II)* 2019, 12, 2023

Con ordinanza 24 maggio 2018, n. 3123 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha interrogato la Corte di Giustizia sulla configurabilità di un aiuto di Stato nel caso di una misura consistente nello stanziamento per il trasporto ferroviario³⁶, statuendo che: *“Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se una misura consistente nello stanziamento per legge di 70 mln di euro a favore di un operatore del settore del trasporto ferroviario, alle condizioni stabilite dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 (art. 1, comma 867), come modificata dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, e il successivo trasferimento dello stesso ad altro operatore economico, senza gara e per un corrispettivo pari a zero, costituisca aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; in caso affermativo occorre stabilire se l'aiuto in questione sia comunque compatibile con il diritto dell'UE e quali siano le conseguenze della sua mancata notifica ai sensi dell'art. 107, par. 3, del TFUE”*³⁷.

³⁶ Si trattava in particolare di chiarire la ricorrenza, nella fattispecie, di un aiuto di Stato, articolato nella duplice misura, di un trasferimento degli *assets* aziendali da un operatore del settore finanziario ad altro dello stesso settore, senza gara e per un corrispettivo pari a zero, e di uno stanziamento disposto per legge per rimuovere la situazione di grave squilibrio patrimoniale.

³⁷ Fonte: *Foro Amministrativo (II)* 2018, 5, 828.

In risposta ai quesiti formulati con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che: «1) L'articolo 107 TFUE deve essere interpretato nel senso che, fatte salve le verifiche che il giudice del rinvio sarà tenuto ad effettuare, tanto lo stanziamento di una somma di denaro in favore di un'impresa pubblica che versa in gravi difficoltà finanziarie, quanto il trasferimento dell'intera partecipazione detenuta da uno Stato membro nel capitale di detta impresa a un'altra impresa pubblica, senza alcun corrispettivo, ma in cambio dell'obbligo per quest'ultima di rimuovere lo squilibrio patrimoniale della prima impresa, possono essere qualificati come «aiuti di Stato» ai sensi di tale articolo 107 TFUE; 2) Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che, nel caso in cui misure, quali lo stanziamento di una somma di denaro in favore di un'impresa pubblica che versa in gravi difficoltà finanziarie o il trasferimento dell'intera partecipazione detenuta da uno Stato membro nel capitale di detta impresa a un'altra impresa pubblica, senza alcun corrispettivo, ma in cambio dell'obbligo per quest'ultima di rimuovere lo squilibrio patrimoniale della prima, siano qualificate come «aiuti di Stato» ai sensi dell'articolo 107 TFUE, spetta al giudice del rinvio trarre tutte le conseguenze derivanti dal fatto che tali aiuti non sono stati notificati alla Commissione europea, in violazione del disposto dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, e devono pertanto essere considerati illegittimi.». ³⁸ La Corte ha concluso quindi sussistono le condizioni per poter qualificare come aiuti di Stato le misure in questione (sia lo stanziamento ex lege, sia il trasferimento della partecipazione), «fatte salve le verifiche che il giudice del rinvio sarà tenuto ad effettuare».

D. LE AZIONI DINANZI AL GIUDICE NAZIONALE.

D.1. PREMESSE. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.

Innanzitutto occorre ricordare che dinanzi al giudice nazionale la contrarietà al diritto comunitario dell'atto istitutivo dell'aiuto può essere fatta valere da **chiunque vi abbia interesse**: dunque, non solo dai diretti concorrenti del beneficiario, ma anche da altri soggetti titolari di interessi meritevoli di tutela. Infatti, può agire in giudizio chiunque vanti un interesse alla corretta concorrenza nel mercato che assume lesa in conseguenza dell'erogazione dell'aiuto, illegale o incompatibile, o anche delle concrete modalità con cui l'aiuto viene erogato, cioè con modalità non conformi a quanto previsto dalla misura di aiuto eventualmente autorizzata.

Una applicazione interessante in materia di legittimazione ad agire è quella esaminata dal **T.a.r. Lazio nella sentenza n. 9624 del 7 settembre 2017**³⁹, che ha ritenuto la legittimazione di una associazione di imprese, rilevando che “per quanto sia vero quanto sostenuto dalla difesa erariale in ordine al fatto che gli incentivi per cui è causa hanno quali uniche destinatarie le imprese di trasporto per conto terzi e non riguardano certamente le imprese aderenti all'AIRA, è però altrettanto indubbio che le disposizioni impugnate (vedi art. 1, comma 4, lett. b) D.M. 19.7.2016) incidono, attraverso il meccanismo dell'incentivazione economica, su di una attività ben definita, quale la rottamazione degli autoveicoli obsoleti, che è esercitata a livello industriale dalle imprese aderenti all'AIRA, alla quale deve quindi riconoscersi un interesse differenziato e qualificato a che l'incentivazione venga regolata nel rispetto delle norme di riferimento (in primo luogo le disposizioni di matrice europea in tema di aiuti pubblici consentiti e di tutela ambientale), in modo tale da non produrre effetti economicamente pregiudizievoli (come costi aggiuntivi, minori fatturati, dis-economie di varia natura), attraverso un'inadeguata modulazione dell'incentivo, in sfavore delle imprese che operano stabilmente nel settore della rottamazione. Quest'ultima attività economica, infatti, è espressamente contemplata dal D.M. impugnato (vedi in part. art. 1, comma 4, lett. b) e ciò, ad

³⁸ sentenza della Sezione II, 19 dicembre 2019, in causa 385/18 Arriva Italia e.a.

³⁹ allo stato, appellata e non definitiva.

avviso di questo Collegio, è sufficiente per qualificare e differenziare l'interesse delle imprese che tale attività svolgono, rispetto ad un qualunque "quisque de populo."

In sintesi, il giudice ha dato rilievo all'attività economica svolta dalle imprese aderenti all'associazione ricorrente, perché direttamente incisa dalle disposizioni impugnate istitutive delle incentivazioni economiche sotto osservazione, e quindi idonea a radicare la legittimazione ad agire dell'associazione cui quelle imprese aderivano, riconoscendo così in capo alla stessa **un interesse differenziato e qualificato a che l'incentivazione venisse regolata nel rispetto delle norme di riferimento** (in primis le disposizioni di matrice europea in tema di aiuti pubblici consentiti).

D.2. L'AZIONE DI RECUPERO.

La principale conseguenza dell'illegalità della misura di aiuto è il suo recupero.

Tre sono le ipotesi che possono verificarsi:

- a) che sia il concorrente del beneficiario a invocare in giudizio la violazione dell'art. 108.3. TFUE;
- b) che la Commissione abbia invece già adottato una decisione contenente un ordine di recupero (ingiunzione di recupero) e che dunque sia lo Stato a convenire in giudizio il beneficiario che non intenda eseguire l'ordine interno di recupero;
- c) che sia il beneficiario ad impugnare tale atto (interno di recupero) dinanzi al giudice nazionale⁴⁰.

Possono poi concretamente verificarsi varie evenienze destinate a incidere sui i poteri del giudice e sui provvedimenti adottabili da quest'ultimo :

- a) **Se vi è già stata la decisione della Commissione che accerti l'incompatibilità dell'aiuto e contenga l'ordine di recupero** (adottabile al ricorrere delle due condizioni cumulative, della insussistenza di dubbi circa il carattere di aiuto della misura e del danno grave e irreparabile a un concorrente del beneficiario), la discrezionalità del giudice nazionale sarà assai più ridotta: essa sarà limitata alla verifica circa la corretta esecuzione della decisione, alla conformità ad essa dell'atto nazionale esecutivo, alla presenza in quest'ultimo di vizi di validità in applicazione delle norme dell'ordinamento interno.

Se invece il giudice intenda discostarsi dalla decisione della Commissione perché nutre dubbi sulla sua validità, dovrà sollevare un rinvio pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di Giustizia, sempre nei limiti previsti dalla giurisprudenza TWD.

Le modalità con cui effettuare il recupero variano a seconda delle concrete modalità di erogazione dell'aiuto, che nell'ordinamento italiano sono le seguenti:

- misure legislative a carattere generale: sarà qui necessario operare attraverso una misura legislativa, di eguale forza nel sistema delle fonti dell'ordinamento;
- le misure concesse tramite esenzione fiscale, accordata a taluni contribuenti;
- gli aiuti concessi attraverso atti impugnati che potranno essere impugnati dinanzi al giudice nazionale, con un ricorso per annullamento, corredato di una istanza di sospensione cautelare e/o di una domanda risarcitoria.

⁴⁰ La prassi giurisprudenziale dimostra come quest'ultimo tipo di azioni intentate dal beneficiario che intenda opporsi all'atto di recupero interno siano le più frequenti.

- b) **Se non è ancora intervenuta la decisione della Commissione contenente l'ordine di recupero**, il giudice nazionale è chiamato ad effettuare tutta una serie di valutazioni preliminari, tra cui la qualificazione della misura come aiuto di Stato, la sua illegalità, l'eventuale applicazione di un regolamento di esenzione per categoria.

Vanno a questo punto richiamati alcuni precedenti giurisprudenziali, su cui è opportuno focalizzare l'attenzione, nei quali si è proceduto alla qualificazione della misura disposta.

In particolare, **con sentenza della III Sezione, 07/04/2021, n.2792**, il Consiglio di Stato ha chiarito che: *“In tema di finanziamento per l’adozione di nuove misure per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, ai sensi dell’art. 3, paragrafo 1, del Regolamento UE 1047/2013, prima di concedere l’aiuto lo Stato, secondo il testo italiano del Regolamento si “richiede una dichiarazione all’impresa interessata (...) relativa a qualsiasi altro aiuto “de minimis” ricevuto (...) durante i due esercizi finanziari precedenti e l’esercizio finanziario in corso”, ma, secondo tutte le versioni linguistiche diverse dalla versione italiana lo Stato “concede nuovi aiuti “de minimis” (...) soltanto dopo aver accertato che essi non facciano salire l’importo complessivo degli aiuti “de minimis” concessi all’impresa interessata a un livello superiore al massimale». Secondo l’espressa pronuncia della Corte di Giustizia, “risulta quindi chiaramente da tali disposizioni che il controllo esercitato dagli Stati membri affinché siano rispettate le norme in materia di cumulo deve avvenire prima di concedere l’aiuto”.*

Il dato letterale della norma euro-unitaria di riferimento è, quindi, ritenuto chiaro nel sancire che il controllo di verifica dei presupposti deve svolgersi prima di procedere alla concessione del contributo. Ne discende che l’offerta di riduzione del contributo, essendo intervenuta prima della verifica da parte dell’Amministrazione circa il non complessivo superamento dell’importo “de minimis”, è stata effettuata prima della concessione del contributo, conseguendone l’erroneità, e quindi l’illegittimità, del diniego in quanto motivato dall’impossibilità di rinunciare parzialmente a un contributo già erogato, posto che il mero inserimento della lista dei potenziali beneficiari non poteva configurare, secondo l’ordinamento unionale come interpretato dalla Corte di Giustizia, una concessione del contributo almeno fino all’esito favorevole della verifica del non superamento del limite “de minimis”.

Con sentenza sez. III del 17 dicembre 2020, n. 8126, il Consiglio di Stato ha affermato che il contratto per validazione e sviluppo di test per la diagnosi di infezione da Sars-Cov-2 non può qualificarsi come aiuto di Stato, osservando che: *“Il contratto stipulato dal policlinico San Matteo per la validazione e l’eventuale sviluppo di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da Sars-Cov-2 non può essere qualificato alla stregua di un aiuto di Stato, in quanto l’art. 107, par. 1, TFUE definisce gli aiuti di Stato come “aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsano o minacciano di falsare la concorrenza, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri”. Di conseguenza, difettando, nel caso in esame, sia il requisito del pericolo (anche solo potenziale) di alterazione della concorrenza, sia il connotato strutturale della misura di favore, la questione oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è manifestamente infondata”.⁴¹*

Si tratta, come è evidente, di un caso paradigmatico in cui il giudice nazionale ha concorso a delineare la fattispecie concreta, nella sua attività di qualificazione della misura adottata.

⁴¹ Fonte: Rass. dir. farmaceutico 2020, 6, 1342.

Interessanti precisazioni in punto di **procedure volte al riconoscimento, all'attribuzione ed alla quantificazione dei benefici Unione europea e alla possibilità che le stesse proseguano nelle more dell'autorizzazione della Commissione europea sono contenute nella sentenza del Consiglio di Stato sez. II, 06/05/2020, n.2866**, ove si è statuito che *“In tema di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 88, paragrafo 3, n. 3, del Trattato istitutivo dell'Unione europea — secondo cui « Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale » — se i progetti di aiuto devono essere immediatamente notificati alla Commissione e rimangono sospesi nella erogazione fino a che non vengano autorizzati con apposita decisione positiva, ciò non impedisce che medio tempore siano avviate e portate avanti tutte le attività e le procedure volte al riconoscimento, all'attribuzione ed alla quantificazione dei benefici, rimanendo sospensivamente condizionato al nulla osta della Commissione la sola materiale corresponsione degli stessi”*.⁴²

c) L'aiuto non è stato notificato e nelle more del giudizio nazionale la Commissione dichiara compatibile l'aiuto illegale.

Abbiamo detto che, per principio generale, la declaratoria di compatibilità non sana l'illegalità.

Pertanto, anche in questo caso il giudice nazionale è in linea di principio obbligato a disporre il recupero⁴³: egli infatti è tenuto, per quanto possibile, ad adottare tutte le soluzioni idonee a raggiungere un risultato almeno analogo a quello che sarebbe conseguibile in applicazione delle norme comunitarie nell'ambito del c.d. *public enforcement*, fermo restando che potrà adottare anche norme nazionali più severe.

Ciò che rileva è che il recupero dell'aiuto, sia illegale che incompatibile, avvenga *“senza indugio”* e che le norme procedurali nazionali non impediscano la decisione immediata ed effettiva della decisione di recupero. Se ciò dovesse essere il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna che non consenta di assicurare il ripristino dello status quo ante e dunque di salvaguardare l'effettività del diritto dell'Unione.

In linea di principio, il giudice è dunque tenuto ad ordinare il recupero dell'aiuto, traendo le conseguenze giuridiche derivanti dall'illegalità della misura (in primis, l'illegittimità degli atti che l'hanno istituita ed erogata).

Ciò può non accadere in circostanze eccezionali.

Vediamo quali.

Diciamo che la Corte di Giustizia, pur non escludendo in linea di principio l'operatività di circostanze che possano essere utilmente invocate dinanzi a un giudice nazionale per giustificare il mancato recupero dell'aiuto di Stato, non ha mai precisato nel dettaglio quali siano queste circostanze.

Sovviene l'art. 14 del reg. 659/1999 secondo cui la Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale dell'ordinamento.

⁴² Fonte: *Foro Amministrativo (II) 2020, 5, 964.*

⁴³ Fatta salva l'eventuale incidenza della decisione di compatibilità sull'oggetto dell'obbligo di recupero: profilo sul quale si rinvia per più dettagliati approfondimenti al materiale allegato.

Tradizionalmente i principi generali del diritto che possono impedire di disporre il recupero dell'aiuto di Stato sono stati individuati dalla giurisprudenza nel principio di proporzionalità e del legittimo affidamento.

Il primo profilo non desta particolari problematiche: da ciò discende infatti che il giudice nazionale non potrà andare oltre a quanto già previsto da una decisione della Commissione. Va poi anche evidenziato che la Corte di Giustizia ha precisato che in linea di principio non è una misura sproporzionata rispetto agli obiettivi del diritto comunitario in materia di aiuti di Stato il recupero dell'aiuto in vista del ripristino della situazione precedente. È stato così affermato che non integra violazione del principio di proporzionalità neppure l'eventuale fallimento dell'impresa beneficiaria conseguente alla restituzione dell'aiuto.

Sono invece più complesse e sfumate le questioni attinenti alla tutela del legittimo affidamento, come dimostra la casistica giurisprudenziale.

Generalmente sussiste la possibilità di invocare la tutela del legittimo affidamento, che è principio fondamentale nell'ordinamento interno e riconosciuto anche dal diritto comunitario, allorché l'interessato riceva assicurazioni precise e concordanti da parte dell'amministrazione che suscitano nel medesimo aspettative qualificate.

Per quanto concerne in particolare la materia degli aiuti di Stato, cominciamo con il dire che se il principio del legittimo affidamento è un argomento difensivo spesso utilizzato dai beneficiari della misura, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è però sempre mostrata piuttosto restia a riconoscere in capo al beneficiario di un aiuto illegale un affidamento degno di tutela. È principio costante, infatti, quello secondo cui il beneficiario può fare legittimo affidamento sulla regolarità di un aiuto solamente quando quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto delle condizioni stabilite dai trattati e sia stata rispettata la procedura, dovendo un operatore diligente accertare che ciò sia avvenuto. La giurisprudenza europea ha dunque chiarito che non è possibile invocare il legittimo affidamento, salvi casi eccezionali, e cioè solo nel caso in cui l'aiuto sia stato concesso nel rispetto della procedura previsto dal Trattato, il che porta l'operatore a confidare sulla regolarità dell'aiuto: un operatore economico diligente deve essere, infatti, in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata. Quindi i casi in cui la giurisprudenza europea ha dato rilievo al legittimo affidamento per giustificare il mancato recupero sono veramente rari: in un caso (che ha dato luogo alla pronuncia nella causa RSV⁴⁴) il legittimo affidamento è stato riconosciuto facendo leva sull'eccessivo tempo decorso- 26 mesi dopo la notifica- per l'adozione di una decisione negativa da parte della Commissione.

Ne consegue che solo nel caso di aiuto regolarmente notificato il beneficiario potrebbe vantare un affidamento meritevole di tutela qualora poi la decisione positiva della Commissione sia stata annullata dal giudice europeo.

Invece, come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴⁵, fin quando la Commissione non abbia adottato una decisione di approvazione definitiva (con scadenza del termine di

⁴⁴ Sentenza della Corte del 24 novembre 1987. Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV contro Commissione delle Comunità europee. Aiuti di Stato - Settore delle grandi costruzioni navali e delle grandi off-shore. Causa 223/85.

⁴⁵ Si veda caso CELF II; si veda, in particolare, Sentenza della Corte (Quarta Sezione) dell'11 marzo 2010. Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication contro Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE).

impugnazione) il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto, quindi non potrà invocare il principio del legittimo affidamento per esimersi dall'ordine di recupero.

L'affidamento non può neanche fondarsi su comportamenti dello Stato e sulla percezione che il beneficiario abbia potuto trarne circa la legalità dell'aiuto. Più in generale l'operatore non può invocare un legittimo affidamento sulla base del mero richiamo ai principi generali di diritto interno, ma non conforme alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza dell'Unione.

Invece, un legittimo affidamento meritevole di tutela può eccezionalmente fondarsi su un comportamento ambiguo o contraddittorio della Commissione sulla compatibilità della misura con il mercato: ciò però sempre e solo in casi eccezionali che evidenzino una *carezza manifesta* della Commissione e una palese violazione del proprio dovere di diligenza.

Tale posizione molto restrittiva del giudice europeo e della Commissione riguardo l'individuazione dei casi di legittimo affidamento che ostino al recupero di un aiuto di Stato si fonda su una comprensibile giustificazione. L'operatore economico è generalmente in grado di prevedere l'azione della Commissione o del giudice nazionale. Infatti, al di là della discrezionalità che la Commissione incontra nella valutazione di compatibilità dell'aiuto e dell'autonomia procedurale del giudice interno nella scelta dei rimedi utilizzabili, è certo che sia le istituzioni comunitarie che il giudice nazionale hanno in linea generale l'obbligo di disporre il recupero dell'aiuto illegale, strumentale al ripristino dello status quo ante. Se dunque un operatore prudente e accorto è in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario di recupero, non può poi invocare per sottrarsi il principio del legittimo affidamento ⁴⁶.

Occorre però domandarsi quale sia il grado di diligenza richiesto agli operatori economici.

La verifica da parte del giudizio nazionale andrebbe condotta *case by case*.

Possiamo dunque concludere che solo in casi eccezionali il legittimo affidamento è un argomento spendibile ai fini di un mancato recupero e comunque in tutti i casi esso è stato riconosciuto sono venuti in rilievo comportamenti ambigui e contraddittori della Commissione e non dello Stato membro.

È stato comunque sottolineato in dottrina l'esigenza di un approccio più ancorato alla fattispecie concreta in modo da evitare il crearsi di sostanziali disparità tra operatori che versino in una situazione del tutto differente, anche in relazione alle difficoltà che possono correlarsi alla dubbia qualificazione di una misura come aiuto di Stato ⁴⁷.

Aiuti di Stato - Art. 88, n. 3, CE - Aiuti illegittimi dichiarati compatibili con il mercato comune - Annullamento della decisione della Commissione - Giudici nazionali - Domanda di recupero degli aiuti eseguiti illegittimamente - Sospensione del procedimento fino all'adozione di una nuova decisione della Commissione - Circostanze eccezionali atte a limitare l'obbligo di restituzione. Causa C-1/09.

⁴⁶ Emblematico è, ad esempio, il caso CELF dove le decisioni della Commissione nel senso della compatibilità dell'aiuto furono per tre volte annullate dal Tribunale e ciò nonostante la Corte di Giustizia non riconobbe il legittimo affidamento del beneficiario.

⁴⁷ In caso di dubbio uno strumento di ausilio al giudice nazionale è rappresentato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale- di validità (in caso di dubbio sulla legittimità della decisione della Commissione) o di interpretazione- alla Corte di Giustizia.

Occorre poi evidenziare che le circostanze eccezionali che possono eventualmente ostare al recupero non possono essere individuate nella complessità della nozione di aiuto né nelle dimensioni dell'impresa beneficiaria o nell'impossibilità di quest'ultima di disporre di strumenti conoscitivi adeguati della normativa comunitaria applicabile.

È stato tuttavia precisato, quanto all'ipotesi di impossibilità assoluta di eseguire l'ordine di recupero, che essa ricorre **quando vi siano circostanze impreviste e imprevedibili al momento della decisione**.⁴⁸ È stato escluso⁴⁹, invece, che integri un'ipotesi di assoluta impossibilità di recupero il fallimento delle imprese interessate nel corso della procedura di recupero.

Muovendo dal presupposto che l'aiuto illegale non coincide con la nozione di aiuto incompatibile, va poi rimarcato come i poteri del giudice nazionale e conseguentemente i provvedimenti adottabili sono condizionati fortemente dall'avvio e dallo stato della procedura di controllo dinanzi alla Commissione, variando a seconda che sia o meno intervenuta una decisione della Commissione e in base al suo contenuto.

In particolare:

- a) **Se la Commissione ha già adottato una decisione che dichiara l'aiuto compatibile**⁵⁰, il giudice nazionale:
 - non è obbligato in base al diritto dell'Unione a ordinare il recupero dell'aiuto concesso, ma deve ordinare al beneficiario di pagare gli interessi per il periodo dell'illegalità;
 - nell'ambito del suo diritto nazionale, può ordinare il recupero dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo;
 - può essere indotto ad accogliere le domande di risarcimento dei danni causati a motivo dell'illegittimità dell'aiuto.

- b) **Se la Commissione ha aperto una procedura di infrazione formale**⁵¹:
 - il giudice nazionale può sospendere l'esecuzione della misura e ingiungere il recupero delle somme già versate;
 - può anche decidere di ordinare misure provvisorie al fine di salvaguardare, da un lato gli interessi delle parti coinvolte, e dall'altro l'effetto utile della decisione della Commissione Europea;
 - può chiedere chiarimenti alla Commissione e sottoporre una questione pregiudiziale (di interpretazione) alla Corte di giustizia, in caso di dubbi sulla natura di aiuto oppure sulla stessa validità della decisione di ordinare il procedimento formale.

- c) **Se la Commissione ha adottato una decisione che ordina il recupero**, in ossequio al principio di effettività gli Stati membri devono effettuare il recupero senza indugio.

⁴⁸ La Corte di Giustizia (in una causa Commissione c. Italia del 2004) ha però anche chiarito che essa non può consistere nelle difficoltà di quantificazione degli importi dovuti o ancora nella necessità di escludere dal recupero le piccole o medie imprese)

⁴⁹ Corte di Giustizia, Commissione c. Polonia, 14 aprile 2011, causa C-331/2009.

⁵⁰ Corte di giustizia CELF I, C-199/06.

⁵¹ Corte di Giustizia C-284/12 Frankfurt Hahn.

Il recupero è effettuato secondo le procedure previste dallo Stato interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione di recupero.

Quando una norma di procedura nazionale impedisce il recupero immediato ed effettivo, il giudice nazionale deve astenersi dall'applicare tale disposizione⁵².

Anche nel controllo di legittimità di un atto nazionale diretto a recuperare un aiuto di Stato illegittimo, il giudice nazionale deve garantire la piena effettività della decisione che ordina il recupero⁵³.

Passando ad analizzare la procedura di recupero, il primo problema da affrontare è quello di individuare l'organismo statale responsabile dell'erogazione, aspetto più problematico per gli stati federali o con forti autonomie locali.

Successivamente dovrà essere individuato dal giudice il reale beneficiario dell'aiuto: anche questo non sempre si presenta come un compito agevole, specie in quei casi in cui potrebbe non esservi coincidenza tra il soggetto che ha ricevuto aiuto e quello presso il quale l'aiuto deve essere recuperato.

Occorre comunque sempre ricordare che il diritto comunitario pone in capo al giudice nazionale una obbligazione di risultato, che è quella di ristabilire la situazione concorrenziale infranta dalla misura illegale, rimettendo però al giudice nazionale la libertà di scegliere gli istituti giuridici più appropriati.

L'effettività della procedura di recupero è poi garantita dal fatto che il giudice nazionale non possa sospendere il procedimento interno se non laddove ricorrano le condizioni, restrittivamente interpretate, dalla giurisprudenza Zuckerfabrik, ovvero: i dubbi sulla validità della decisione della Commissione, la pendenza di una pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia, l'urgenza e il rischio di un danno irreparabile e la valutazione dell'interesse europeo⁵⁴.

III. MISURE PROVVISORIE.

A. CASI GIURISPRUDENZIALI.

Prima di affrontare in generale il tema delle misure provvisorie e dei provvedimenti cautelari emettabili dal giudice amministrativo, conviene richiamare alcune ordinanze cautelari del Consiglio di Stato che si sono pronunciate sulla richiesta di sospensione cautelare di atti interni di recupero adottati in esecuzione della decisione della Commissione.

In particolare, con **le ordinanze della V Sezione, n. 5482 del 1 ottobre 2021 e n. 5479 del 1 ottobre 2021**, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare avverso l'ordinanza del TAR Lazio di

⁵² Si veda ad esempio C/232/05 SCOTT, sentenza con cui la Corte di giustizia ha ritenuto non conforme al diritto dell'Unione una procedura prevista dal diritto francese che disponeva automaticamente l'effetto sospensivo dei ricorsi proposti contro i titoli di riscossione emessi in vista del recupero dell'aiuto.

⁵³ Va poi ricordato che se il ricorrente era legittimato a contestare la decisione della Commissione dinanzi al giudice dell'Unione e non lo ha fatto nei termini previsti, non può contestare la legittimità dell'ordine nazionale di recupero per motivi attinenti alla decisione della Commissione né può chiederne la sospensione per ragioni legate alla sua validità.

⁵⁴ Si rinvia al materiale allegato "questioni controverse" per l'analisi di alcuni temi aperti in materia di aiuti illegali ma compatibili, del calcolo degli interessi, e della definizione dei poteri del giudice nazionale in assenza di una decisione di compatibilità o nelle more della sua adozione.

rigetto della domanda con cui era chiesta la sospensione cautelare del Decreto di recupero degli aiuti di Stato concessi a una società, in esecuzione della decisione della Commissione UE che, a conclusione della procedura di indagine avviata ex art. 108, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ha qualificato come aiuti incompatibili con le norme comunitarie: a) la proroga illegale di un anno, concessa oltre i sei mesi previsti, dell'aiuto per il salvataggio della società; b) le misure di cui alla legge 163/2010 nella parte concernente l'esenzione fiscale con i proventi derivanti dalla vendita del ramo di azienda in favore di altra società; c) l'utilizzo per fini di liquidità dei fondi destinati all'ammodernamento ed all'adeguamento della flotta alle norme comunitarie in materia di sicurezza della navigazione.

Il Consiglio di Stato, nel respingere la domanda di concessione delle misure cautelari ha osservato che:

“- l'appellante ha dedotto l'esistenza dei presupposti per concedere l'invocata tutela cautelare (fino alla definizione del giudizio eventualmente promosso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea), con riguardo sia al *“fumus boni iuris”* sia al *“periculum in mora”* (in relazione, in particolare, all'esigenza di tutelare i creditori ammessi allo stato passivo della procedura di Amministrazione straordinaria), precisando altresì di aver impugnato la su indicata Decisione della Commissione UE dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea (...) ai sensi dell'art. 263 del TFUE, chiedendone l'annullamento *in parte qua*, lamentando asserite violazioni di ordine procedurale, violazione degli artt. 107 e 108 del TFUE, nonché degli orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione del 2004, oltre alla violazione dei principi di certezza del diritto e di buona amministrazione in relazione alla durata del procedimento, con conseguente illegittimità dell'ordine di recupero;

- l'appellante ha prospettato altresì una questione di interpretazione giurisprudenziale ex art. 267 TFUE innanzi alla Corte di Giustizia in merito alla esegesi della giurisprudenza della Corte di Giustizia come applicata al punto 144 della Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato 2019/C 247/01 nei seguenti termini: *“1. Se la prima delle condizioni cumulative che sono richiamate al punto 144 della Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili (2019/C 247/01), ove si consente al giudice nazionale, il quale nutra gravi riserve sulla validità dell'atto dell'Unione europea, di sospendere temporaneamente i provvedimenti nazionali di esecuzione della decisione di recupero della Commissione, debba essere interpretata nel senso che tale giudice deve necessariamente sollevare un rinvio pregiudiziale di validità ai sensi dell'art. 267 del TFUE anche qualora la questione sia già stata deferita alla Corte di giustizia dell'Unione europea con un ricorso per annullamento ex art. 263 del TFUE, ovvero se può, in tale caso, sospendere il giudizio pendente avanti a sé in attesa che si concluda il procedimento di annullamento ex art. 263 del TFUE pendente. 2. Se al giudice nazionale sia preclusa la possibilità di sospendere temporaneamente i provvedimenti nazionali di esecuzione della decisione di recupero di aiuti della Commissione (nel caso in cui egli nutra gravi riserve sulla validità dell'atto dell'Unione europea) qualora nel pendente giudizio di annullamento ex art. 263 del TFUE non siano state richieste misure cautelari ai sensi degli artt. 278 e 279 del TFUE”;*

- si è costituito anche nel presente giudizio il Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili, insistendo per il rigetto della domanda cautelare, essendo *“obbligo dell'Amministrazione procedere alla riscossione coattiva degli importi previsti nel decreto di recupero impugnato”* ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE, in assenza della sospensione dell'efficacia della decisione di recupero, che può essere concessa ai sensi dell'art. 278 TFUE da parte del giudice europeo adito, non richiesta, per converso, dalla società appellante nell'ambito del contenzioso europeo pendente;

- nella discussione in Camera di Consiglio le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive, con articolate argomentazioni: l'appellante ha in particolare evidenziato che l'esistenza di mezzi di ricorso interni che consentano all'impresa di difendersi da misure di recupero a livello nazionale è funzionale ad evitarle un danno grave e irreparabile, essendo il giudice nazionale competente ed il più idoneo a valutare la legittimità degli atti nazionali di recupero e la situazione

finanziaria dell'impresa interessata, erogando la tutela cautelare, come affermato nell'Ordinanza del Presidente della Corte di Giustizia del 29 agosto 2013 (causa T/366/13 R), che ha depositato in atti; Considerato che:

- la domanda cautelare non può essere accolta non sussistendone i presupposti;

- l'art. 48 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (in G.U. n. 3 del 4 gennaio 2013), recante "*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*", al comma 2, dispone che "*2. A seguito della notifica di una decisione di recupero di cui al comma 1, entro quarantacinque giorni dalla data di notifica, il Ministro competente per materia, con proprio decreto, individua, ove necessario, i soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto, accerta gli importi dovuti e determina le modalità e i termini del pagamento*";

- l'art. 278 del TFUE dispone che: "*I ricorsi proposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*";

- alla luce del quadro normativo in sintesi delineato, deve ritenersi che il destinatario di una decisione di recupero di un aiuto di Stato può domandare al giudice europeo la sospensione dell'esecuzione della decisione della Commissione Europea e al giudice nazionale la sospensione cautelare dei provvedimenti esecutivi della decisione di recupero, non essendo in linea generale precluso a quest'ultimo, alla luce del principio unionale di effettività della tutela di cui la fase cautelare rappresenta articolazione qualificante e indefettibile, di sospendere temporaneamente i provvedimenti nazionali di esecuzione della decisione di recupero di aiuti della Commissione anche qualora nel pendente giudizio di annullamento ex art. 263 del TFUE non siano state richieste misure cautelari ai sensi degli artt. 278 e 279 del TFUE;

- tuttavia non ricorrono qui le condizioni che consentono la concessione dell'invocata tutela cautelare avverso il decreto di recupero, come delineate al par. 144 della citata Comunicazione della Commissione europea 2019/C 247/01, a mente del quale: «Se il beneficiario dell'aiuto chiede la sospensione temporanea dei provvedimenti nazionali di esecuzione della decisione di recupero invocando la presunta illegittimità della stessa, il giudice nazionale deve valutare se il caso di specie riunisca le condizioni stabilite dalla Corte di giustizia europea nelle cause Zuckerfabrik e Atlanta. Secondo tale giurisprudenza, la sospensione temporanea può essere concessa da un giudice nazionale a condizione che siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative:

i) il giudice nutre gravi riserve sulla validità dell'atto dell'Unione europea e provvede a deferire alla Corte di giustizia la questione di validità dell'atto impugnato, nell'ipotesi in cui tale questione non le sia già stata deferita (147);

ii) ricorrono gli estremi dell'urgenza, nel senso che la sospensione temporanea è necessaria per evitare che la parte che la richiede subisca un danno grave e irreparabile;

iii) il giudice tiene pienamente conto dell'interesse dell'Unione europea; e iv) nella valutazione di tutte queste condizioni, il giudice rispetta le pronunce della Corte di giustizia o del Tribunale in ordine alla legittimità dell'atto dell'Unione europea o in ordine a una domanda di concessione di misure provvisorie diretta alla concessione di una sospensione temporanea analoga a livello europeo"

- giova altresì evidenziare che il par. 145 della su indicata Comunicazione stabilisce che "*Se non sono soddisfatte le condizioni di cui al paragrafo 144, lo Stato membro interessato non può avvalersi delle decisioni nazionali che hanno disposto provvedimenti provvisori per giustificare l'omessa esecuzione della decisione. In tale contesto, spetta allo Stato membro dimostrare che tutte le condizioni siano soddisfatte*";

- nella fattispecie in esame, come bene rilevato dall'appellata ordinanza cautelare, per un verso, i profili di doglianza mossi col ricorso investono esclusivamente la decisione adottata dalla Commissione europea e, per altro verso, assumono come parametro della dedotta violazione unicamente norme del diritto dell'Unione, riguardando nello specifico asseriti vizi della decisione di recupero, connessi in particolare alla lamentata violazione dei trattati europei (e delle relative

regole applicative) e dei principi generali dell'Unione, alla luce delle censure formulate nell'ambito del ricorso innanzi al Tribunale dell'UE ed integralmente riproposte con il presente gravame, quali vizi destinati a riflettersi (secondo la prospettazione in ricorso) sul decreto ministeriale impugnato in chiave di illegittimità in via derivata alla luce dell'invocato rapporto "di consequenzialità e di presupposizione necessaria" intercorrente tra l'atto europeo e il provvedimento nazionale impugnato nella presente sede;

- non vengono per converso dedotti autonomi vizi del decreto esecutivo di recupero (quali quelli concernenti l'individuazione, ove necessario, dei soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto, l'accertamento degli importi dovuti e la determinazione delle modalità e termini del pagamento ai sensi dell'art. 48 della citata legge n. 234/2012), non sussistendo perciò margini di apprezzamento e valutazione riservati a questa giurisdizione (cfr. al riguardo ordinanza cautelare Cons. Stato, V, 17 novembre 2017, n. 4922, che conferma ordinanza T.a.r. Sardegna 7 agosto 2017, n. 243);

- né ricorrono le specifiche condizioni, individuate dalla giurisprudenza europea e richieste in via cumulativa, per disporre la sospensione cautelare ad opera del giudice nazionale, tra cui quella che il giudice stesso "nutra gravi riserve in ordine alla validità dell'atto comunitario", quale ipotesi evocante un convincimento qualificato in termini di dubbio connotato da gravità che, come correttamente rilevato dal primo giudice, non coincide pienamente con la valutazione in termini di "fumus" di fondatezza richiesta ai sensi dell'art. 55 cod. proc. Amm, ma richiede uno spessore qualificato, coerente con un quadro ordinamentale permeato dalla primauté europea, dalla cogenza dell'obbligo dello Stato nazionale di esecuzione delle decisioni esecutive della Commissione, dal qualificato valore assiologico degli interessi tutelati dalla normativa che regola la materia degli aiuti di Stato e dalla riserva alla nomofilachia del giudice europeo della valutazione della conformità degli atti delle Istituzioni alle fonti del diritto unionale;

- e invero, per un verso, non sono stati allegati né provati elementi, neppure a livello indiziario, che consentano prima facie a questo giudice di "nutrire gravi riserve" sulla validità della decisione di recupero della Commissione, per altro verso non può a tal fine ritenersi sufficiente la mera pendenza di un ricorso di annullamento innanzi al giudice europeo (al quale la questione di validità della decisione di recupero è stata già deferita) secondo i motivi dedotti in quel contesto;

- rilevato che non ricorre neppure il periculum in mora non ravvisandosi gli estremi dell'urgenza, in quanto da un lato non vi è prova che la mancata sospensione del decreto di recupero possa arrecare un pregiudizio attuale e irreparabile alla società odierna appellante, dall'altro, nel contemperamento degli interessi, deve ritenersi prevalente l'interesse dell'Amministrazione all'adempimento degli obblighi cui è vincolata in relazione al necessario rispetto delle decisioni in materia di recupero degli aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il diritto dell'Unione, in applicazione dei principi di effettività ed immediatezza del recupero, al fine di non privare di effetto utile la decisione della Commissione;

Ritenuto pertanto di respingere l'appello cautelare, non ravvisandosi nemmeno, alla luce delle considerazioni che precedono, i presupposti per disporre il rinvio di interpretazione pregiudiziale ex art. 267 TFUE innanzi alla Corte di Giustizia, nei termini prospettati da parte appellante;

Ritenuto che la complessità e parziale novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese della presente fase di giudizio;"

Nell'ambito di un'azione di recupero di un aiuto illegale il giudice, come ricorda la Corte di Giustizia nella sentenza CELF, può disporre le opportune misure provvisorie, al fine di evitare il prodursi o il protrarsi di conseguenze pregiudizievoli per i privati.

La tutela provvisoria che l'ordinamento nazionale deve garantire per salvaguardare gli interessi delle parti in applicazione dell'effetto utile della normativa europea è ancillare all'azione di merito ed è, inoltre, sottoposta a determinati presupposti.

In particolare, la possibilità per il giudice nazionale di concedere provvedimenti provvisori per sospendere una misura nazionale fondata su un atto adottato dalle istituzioni europee di cui si contesta la legittimità è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia, **nelle sentenze Zuckerfabrik e Atlanta**.

Questa possibilità va riconosciuta al giudice nazionale: *a)* sia nel caso di mera violazione dell'art. 108 par. 3.; *b)* sia nell'ipotesi di decisione di incompatibilità dell'aiuto che contenga un ordine di recupero, nel qual caso potrebbe essere richiesto al giudice nazionale di sospendere l'applicazione delle misure nazionali di esecuzione della decisione.

Dalla lettura della Comunicazione possiamo trarre il generale convincimento che la tutela in via provvisoria offerta al concorrente sia normalmente più ampia di quella riconosciuta al beneficiario, rispetto al quale la concessione di misure provvisorie è ancorata a requisiti più rigidi. Ciò perché l'interesse del primo coincide generalmente con l'interesse generale tutelato dalla disciplina in materia di aiuti di Stato a ripristinare quanto prima lo *status quo ante*, rimediando all'alterazione del mercato concorrenziale determinata dalla misura di aiuto.

Varie sono le ipotesi che in concreto possono verificarsi:

- 1) l'aiuto illegale non è stato erogato: la misura provvisoria concedibile a tutela dell'interesse del concorrente ha la finalità di impedire il versamento dell'aiuto fino alla decisione finale della Commissione;
- 2) l'aiuto sia stato già erogato: in questo caso il giudice che non possa immediatamente disporre il recupero definitivo dovrà ricorrere a tutte le misure provvisorie a sua disposizione in base alle norme nazionali per far cessare provvisoriamente gli effetti anticoncorrenziali dell'aiuto.

Tra i provvedimenti provvisori la Comunicazione del 2009 ne menzionava soltanto uno, ovvero il recupero provvisorio dell'aiuto mediante l'ordine di depositare il relativo ammontare e gli interessi dovuti per la durata della violazione in un conto bloccato sino alla decisione sul merito della controversia o sino all'esito della valutazione della Commissione.

Diverse sono le conseguenze sul piano restitutorio, a seconda che la misura sia o meno dichiarata incompatibile: *a)* se infatti viene decretata l'incompatibilità dell'aiuto, il giudice ordina che i fondi depositati, maggiorati degli interessi, siano restituiti all'autorità che ha erogato l'aiuto; *b)* in caso di compatibilità, l'importo può anche essere restituito al beneficiario, salvo la corresponsione all'autorità statale erogante degli interessi maturati per il periodo di illegalità; *c)* se poi al termine della procedura di controllo dovesse accertarsi che la misura non costituisce neanche un aiuto, allora al beneficiario andrà restituito sia l'importo nominale che gli importi trattenuti.

Il giudice non deve però sospendere il giudizio in pendenza della decisione della Commissione. L'unica sospensione obbligata sarebbe quella necessitata dal rinvio pregiudiziale.

Nel caso in cui si domandi da parte del concorrente del beneficiario la sospensione degli atti interni che dispongano l'erogazione di un aiuto illegale, i presupposti per la concessione di misure provvisorie sono:

- a)* il *fumus boni iuris* che coincide con la ragionevole convinzione che la misura comporti un aiuto di Stato illegale; in caso di dubbio sulla natura di aiuto di Stato, il giudice può sollevare un rinvio pregiudiziale;
- b)* il *periculum in mora*, che possiamo definire *in re ipsa* (la Comunicazione del 2009 non ne faceva menzione), risultando assorbito dalla valutazione dell'anticoncorrenzialità dell'aiuto e dal rischio che questa perduri o si aggravi.

La Comunicazione non menziona invece il caso, contrario a quello appena descritto, e cioè che sia il beneficiario a domandare una misura provvisoria per paralizzare la domanda di recupero dell'aiuto illegale da parte del concorrente oppure domandi la sospensione dell'atto interno emanato in esecuzione della decisione che dichiara un aiuto incompatibile⁵⁵.

In questo caso il *fumus boni iuris* potrà consistere nella dubbia qualificazione di una misura come aiuto di Stato, mentre quanto al *periculum in mora* l'istante dovrà dimostrare il danno grave e irreparabile conseguente al recupero.

Generalmente il beneficiario impugna le misure interne di esecuzione dinanzi al giudice nazionale, accompagnando il ricorso con la richiesta di misure provvisorie che ne sospendano l'efficacia.

I presupposti della concessione delle misure provvisorie richieste invece del beneficiario dell'aiuto (rispetto alla decisione di recupero e ai provvedimenti nazionali di esecuzione dell'ordine di recupero) sono descritti nella comunicazione del 2009 che richiama le condizioni (cumulative) poste dalle sentenze Zuckerfabrik e Atlanta, e cioè: i) che il giudice nutra grandi riserve (gravi dubbi) sulla validità della decisione della Commissione (effettuando il rinvio pregiudiziale, se nel frattempo la questione non sia stata già deferita, mediante l'impugnazione dell'atto della Commissione da parte del soggetto legittimato: in tal caso andranno indicate, come precisato dal giudice europeo, sia nell'ordinanza cautelare che concede la misura provvisoria che nell'ordinanza di rinvio i motivi per cui il giudice ritiene che la Corte di Giustizia potrebbe constatare l'invalidità dell'atto dell'Unione); ii) che ricorrano gli estremi dell'urgenza, cioè che la sospensione si renda necessaria per evitare un danno grave e irreparabile alla parte che la richiama; iii) che il giudice nazionale tenga pienamente conto dell'interesse dell'Unione (e questo implica che il giudice tenga conto delle pronunce della Corte in ordine alla legittimità dell'atto dell'Unione).

Pertanto, le condizioni alle quali il giudice nazionale può sospendere un atto esecutivo dell'ordine di recupero sono state delineate dalla rammentata giurisprudenza europea in termini restrittivi. Nel bilanciamento tra i contrapposti interesse prevale quello dell'Unione europea alla effettiva applicazione delle proprie norme, salvo che in presenza di alcuni casi, purché l'organo giurisdizionale adotti talune precauzioni.

In generale possiamo concludere che la sospensione degli effetti dell'atto nazionale presso il giudice interno è possibile alle condizioni previste per l'adozione di provvedimenti urgenti dinanzi alla Corte di Giustizia.

I provvedimenti provvisori (come chiarito nella sentenza Atlanta) possono essere adottati anche nelle more del procedimento di rinvio pregiudiziale di validità (questa è anzi l'ipotesi più frequente). In questo caso, però, il giudice nazionale, nell'effettuare il rinvio pregiudiziale, è tenuto a precisare i motivi per i quali ritiene che la Corte potrebbe dichiarare l'invalidità della decisione. Il giudice nazionale ha, dunque, questo onere supplementare sia nel precisare la domanda pregiudiziale che nel provvedimento che concede le misure cautelari, dovendo indicare in entrambi gli esatti motivi che inficiano, a suo avviso, la validità dell'atto, non essendo sufficiente esprimere taluni dubbi in via astratta o ipotetica.

Le riserve che il giudice nazionale nutre devono riguardare precipuamente la validità della decisione della Commissione: tra questi motivi, secondo il costante orientamento della giurisprudenza eurounitaria, non può iscriversi la sottoposizione dell'impresa interessata, beneficiaria dell'aiuto illegale, a una procedura di insolvenza. Il giudice nazionale nell'adozione del provvedimento deve

⁵⁵ In sintesi, la fattispecie esaminata dalle richiamate ordinanze del Consiglio di Stato.

tener conto dell'interesse dell'Unione. La mera contemporanea pendenza di un ricorso per annullamento della decisione della Commissione non è motivo sufficiente per ravvisare il *fumus boni iuris* ai fini della concessione delle misure provvisorie, dal momento che il ricorso non ha effetto sospensivo automatico. Sotto altro profilo, il giudice nazionale non può però esimersi da una immediata analisi delle ragioni di urgenza sollevate da una parte e deve adottare le misure stabilite dal proprio ordinamento sul fondamento dell'autonomia processuale degli Stati membri. Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri che eventualmente prevedano un effetto sospensivo automatico in caso di ricorso contro un provvedimento amministrativo è limitato, come detto, dal principio di effettività.

Lo Studio del 2019 rileva che l'adozione di misure provvisorie è piuttosto rara e nei casi in cui ciò avviene a livello nazionale si riscontra una maggiore rilevanza attribuita, rispetto a quella assegnata alla Corte di Giustizia, ai profili di difficoltà economica e al rischio di fallimento dell'impresa beneficiaria.

Abbiamo detto che il ricorrente non può contestare in sede nazionale la validità della decisione della Commissione onde ottenerne anche la sospensione se era legittimato a impugnarla e non lo abbia fatto nel termine prescritto ⁵⁶.

Se tuttavia la legittimazione del ricorrente a impugnare direttamente la decisione della Commissione non appaia così evidente, il giudice nazionale non potrà negare la tutela giurisdizionale anche attraverso la concessione di provvedimenti provvisori.

Nel disporre le misure provvisorie, il giudice nazionale dovrà attenersi alle medesime condizioni previste per le domande di provvedimenti urgenti dinanzi alla Corte di Giustizia.

La valutazione di gravità e irreparabilità del danno andrà effettuata in concreto, non essendo implicito nella decisione della Commissione che ordini il recupero. Ove conceda la sospensione dell'ordine di recupero, il giudice potrà però ordinare che il beneficiario versi l'importo dell'aiuto in un conto di deposito bloccato.

Infine, occorre ricordare che il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare norme procedurali nazionali che prescrivano un automatico effetto sospensivo dei ricorsi proposti contro i titoli di riscossione emessi per il recupero dell'aiuto. Tanto in linea con quanto prescritto dall'art. 14, par. 3, del Regolamento n. 659/1999 secondo cui "*il recupero va effettuato senza indugio, secondo le procedure previste dallo Stato membro interessato a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione*". ⁵⁷

In conclusione:

⁵⁶ Un'ulteriore questione aperta riguarda il rapporto tra il giudizio di validità dinanzi alla Corte di Giustizia, sia esso promosso in via diretta dal privato o per il tramite del rinvio pregiudiziale da parte del giudice, e il potere del giudice nazionale di concedere misure provvisorie a livello interno con riferimento alla materia degli aiuti di Stato.

⁵⁷ Il decreto legislativo n. 59/2008, convertito in l. 101/2009, ha previsto che il giudice nazionale possa disporre la sospensione dell'efficacia del titolo di pagamento nel caso in cui ricorrano due presupposti cumulativi: i gravi motivi di illegittimità e il pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile. Anche qui il profilo più problematico attiene al fatto che il giudice nazionale, nel disporre eventualmente la sospensione della misura statale, non può verificare i profili di compatibilità dell'aiuto che sono rimessi in via esclusiva alla competenza della Commissione.

- spetta, dunque, al giudice valutare la necessità di disporre misure provvisorie nelle more della pronuncia definitiva di merito⁵⁸;
- se il giudice nazionale nutra gravi riserve sulla validità della decisione della Commissione, nel sottoporre il rinvio pregiudiziale per esame di validità alla Corte di Giustizia deve indicare al momento di concedere il provvedimento provvisorio, sia nell'ordinanza cautelare che in quella di rinvio pregiudiziale, i motivi per cui ritiene la decisione invalida.

IV. RISARCIMENTO DEI DANNI

I soggetti che ritengano di aver subito un pregiudizio per effetto della violazione dell'art. 108.3 possono anche ricorrere al rimedio risarcitorio.

In particolare, i terzi concorrenti, lesi da una misura di aiuto illegale (ed eventualmente anche incompatibile) potrebbero effettivamente trarre una maggiore utilità dal ricevere un ristoro finanziario delle perdite subite in conseguenza dell'alterazione concorrenziale determinata dalla misura di aiuto piuttosto che dal recupero dell'aiuto da parte dello Stato.

L'azione risarcitoria è stata in realtà, da ricerche effettuate a livello europeo, utilizzata piuttosto raramente e, ancor in più rari casi, con esito positivo.

Le ragioni vanno individuate principalmente nella difficoltà di dimostrare l'entità del danno subito e il nesso di causalità tra violazione e danno.

Tuttavia, è innegabile che le azioni risarcitorie possono rivelarsi molto efficaci sotto il profilo della tutela del concorrente del beneficiario, procurandogli, a differenza del recupero, un vantaggio diretto e un ristoro per il danno subito, reintegrando il patrimonio del soggetto leso, ripristinando così concretamente lo *status quo ante* esistente prima dell'aiuto illegale.

Nella materia, nonostante le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia e dalla stessa Comunicazione, molte questioni restano, però, ancora aperte.

Va anzitutto osservato che, secondo l'orientamento prevalente, la responsabilità per inosservanza della disciplina in materia di aiuti di Stato ha natura extra contrattuale. Il soggetto leso potrà rivolgere la sua azione risarcitoria sia nei confronti dello Stato ai sensi dell'art. 2043 c.c., per la responsabilità da illegittima erogazione di un aiuto illegale, che nei confronti del beneficiario dell'aiuto che attraverso lo stesso si è ingiustamente avvantaggiato nel libero mercato ai sensi dell'art. 2600 cod.civ..

L'ipotesi principale riguarda il caso in cui l'azione risarcitoria sia promossa da un concorrente nei confronti dello Stato che abbia concesso un aiuto illegale, cioè in spregio all'art. 108, par.3, TFUE, e ciò a prescindere dal fatto che l'aiuto sia stato o sarà dichiarato compatibile.

Per valutare i presupposti in presenza dei quali può affermarsi la responsabilità risarcitoria dello Stato possiamo rifarci ai principi generali enucleabili dalla giurisprudenza comunitaria (nelle note sentenze

⁵⁸ Che potrà concedere a patto che sussistano le **condizioni per la concessione della sospensiva previste dalla giurisprudenza Zuckerfabrik e Atlanta, in base alla quale** il giudice nazionale può sospendere gli ordini di recupero a condizione che: - nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario; - provveda al rinvio pregiudiziale; ricorrano gli estremi dell'urgenza; tenga pienamente conto dell'interesse dell'Unione (deve cioè rispettare le pronunce del giudice UE sulla legittimità della decisione della Commissione).

Francovich e Brasserie du Pecheur) in materia di responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi comunitari.

Anche qui dunque devono sussistere i seguenti presupposti:

- a) che la norma violata sia atta a conferire ai singoli diritti: su questa condizione non pare sorgano particolari problemi, in quanto all'art. 108.3 TFUE viene generalmente riconosciuta un'efficacia diretta ed essa è certamente attributiva di posizioni soggettive suscettibili di tutela dinanzi al giudice nazionale;
- b) che la violazione sia anche grave e manifesta: e anche in questo caso non sembra sorgano particolari questioni; infatti poiché l'obbligo di notifica e l'obbligo di *stand still* non sono caratterizzati da margini di discrezionalità a favore dello Stato membro che appunto non ha alcuna facoltà di notificare l'aiuto e che anzi in linea generale potrà farlo anche in caso di dubbio, la violazione dell'art. 108.3. indubbiamente integra una violazione grave e manifesta senza ulteriori indagini;
- c) il nesso di causalità tra la violazione imputabile allo Stato e il danno lamentato.

L'accertamento del nesso di causalità costituisce certamente l'aspetto più complesso.

Più agevole sarà la verifica del nesso di causalità nel caso di aiuto dichiarato incompatibile.

Se invece l'aiuto illegale è dichiarato successivamente compatibile, ciò non implica che debba *ipso iure* escludersi l'obbligo risarcitorio. In tal caso il concorrente potrà quindi dimostrare come ci dice la Corte di Giustizia⁵⁹ che il beneficiario abbia comunque accresciuto la sua posizione concorrenziale, traendo un illegittimo vantaggio competitivo dall'erogazione prematura dell'aiuto, per cui anche in tale ipotesi, ai tradizionali rimedi del recupero dell'aiuto o della mera corresponsione degli interessi, in base a quella che nel caso concreto risulta la misura più adeguata e appropriata, potrà affiancarsi anche il rimedio risarcitorio dei danni causati dall'aiuto illegittimo.

Il soggetto danneggiato, secondo una regola generale, avrà comunque l'onere di attivare tempestivamente e diligentemente le misure e i rimedi esperibili secondo l'ordinamento interno per evitare il prodursi del danno o limitarne l'entità⁶⁰.

Un'altra ipotesi che può dar luogo a una richiesta risarcitoria da parte del concorrente è quella derivante dal fatto che lo Stato non esegua nei termini prescritti la decisione della Commissione contenente l'ordine di recupero. In questo caso, possiamo dire che sicuramente ci troviamo di fronte a una violazione grave e manifesta posto che lo Stato non gode di alcun margine di discrezionalità nell'esecuzione della decisione della Commissione; anche qui, come nei casi precedentemente esaminati, il profilo più complesso attiene al nesso di causalità che potrà essere dimostrato provando che la perdita subita sia una conseguenza del recupero tardivo.

Quanto ai danni risarcibili, oltre al danno emergente dovrà riconoscersi anche il lucro cessante: il giudice nazionale potrà dunque tener conto del guadagno che il beneficiario ha potuto conseguire mediante l'aiuto ovvero dell'utile effettivo realizzato. Il danno andrà liquidato secondo i criteri stabiliti dall'ordinamento giuridico interno.

⁵⁹ Nella già citata sentenza CELF.

⁶⁰ Tale è ad esempio, l'instaurazione di un'azione volta al recupero che potrebbe limitare o elidere le conseguenze pregiudizievoli derivanti al concorrente dall'aiuto illegale o prematuramente erogato (anche se compatibile).

In caso di difficoltà incontrate nella quantificazione, il giudice nazionale potrà utilmente avvalersi di stime ragionevoli in uso presso il proprio ordinamento, purché rispettino il principio di effettività (cioè i criteri utilizzati non devono essere meno favorevoli rispetto a quelli applicabili in caso di violazione del diritto interno). Il giudice potrà anche formulare richieste di assistenza alla Commissione⁶¹.

È ancora controverso: a) se e quali condizioni sia il beneficiario a promuovere un'azione di risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro; b) se vi sia legittimazione passiva del beneficiario di aiuti illegali nell'azione di risarcimento del danno.

Nel rinviare l'approfondimento al materiale allegato⁶², deve qui solo osservarsi che una siffatta possibilità in linea di massima va esclusa sulla base del diritto euro unitario⁶³.

Ciò nonostante non può escludersi che il concorrente promuova una azione risarcitoria anche nei confronti del beneficiario qualora ciò sia consentito dalle norme del proprio ordinamento interno. Nei casi in cui ciò è avvenuto, si è fatto leva sulle norme in materia di responsabilità extra contrattuale dell'impresa da concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., quindi in applicazione di norme diverse dall'art. 108, par. 3, TFUE (ad esempio allorquando il beneficiario attraverso l'aiuto illegale abbia posto in essere atti anticoncorrenziali vietati dagli artt. 101 e 102 del TFUE)⁶⁴.

In generale, anche nel caso di azioni esperite nei confronti di beneficiari le maggiori difficoltà che il giudice nazionale incontra nell'applicare le norme in materia di aiuti di Stato si registrano soprattutto sotto il profilo probatorio e specialmente nella dimostrazione del nesso di causalità.

Infatti, nelle dinamiche di mercato in cui un comportamento anticompetitivo viene attuato, l'individuazione e l'isolamento dell'efficacia causale possono risultare particolarmente complesse e richiedere un'analisi economica.

Tale onere probatorio diviene particolarmente gravoso in materia di aiuti di Stato perché l'analisi deve essere effettuata a un doppio livello, ovvero sotto il profilo del:

- *upstreaming causation*: cioè la verifica del nesso di causalità tra l'attribuzione dell'aiuto e il comportamento anticompetitivo;
- *downstreaming causation*: la verifica del nesso di causalità tra il comportamento del beneficiario e il danno sofferto dal competitore.

È evidente che la verifica di questi profili richiede una necessaria conoscenza della situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria che può rendere l'onere della prova gravante sul concorrente discriminato dal mancato beneficio assimilabile a una vera e propria *probatio diabolica*.

L'onere della prova sarà certamente più alleggerito nei casi in cui l'aiuto sia stato dichiarato incompatibile dalla Commissione. Viceversa nel caso di aiuto compatibile, andranno dimostrati

⁶¹ Si tratta anzi di un caso tipico di richiesta concernente aspetti fattuali, di tipo economico o giuridico.

⁶² Si veda materiale allegato "questioni controverse".

⁶³ Si veda la nota e già richiamata sentenza SFEI (Sentenza della Corte dell'11 luglio 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri contro La Poste e altri in Causa C-39/94).

⁶⁴ Come base giuridica per promuovere un'azione del concorrente contro il beneficiario dell'aiuto illegale, può utilizzarsi la disciplina in materia di concorrenza sleale: in particolare, l'art. 2598 c.c., secondo cui, tra l'altro, compie atti di concorrenza sleale chiunque "3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda".

entrambi i profili indicati occorrendo dimostrare ai fini del risarcimento del danno che la misura produce un *incentive effect*.

Il giudice nazionale può alleggerire l'onere probatorio⁶⁵ attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni che comportino l'inversione dell'onere probatorio.

Tale azione si prescrive in un termine decennale che decorre dal momento in cui la legge di riparazione è entrata in vigore nello Stato membro responsabile della violazione.

Occorre poi ribadire che il diritto al risarcimento del danno non può essere negato né reso più difficoltoso sulla base di normative interne in materia di ripartizione dei poteri dello Stato.

Segue. La responsabilità dello Stato per la violazione della normativa europea in materia di aiuti di Stato.

Il responsabile nei confronti dei soggetti danneggiati (generalmente i concorrenti del beneficiario) è sempre lo Stato membro, indipendentemente dall'autorità nazionale che abbia effettivamente erogato l'aiuto e che pure deve essere evocata in giudizio dal ricorrente.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea costituisce uno strumento ben collaudato di tutela dei diritti individuali, fondato sulla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sin dalla sentenza Francovich.

La responsabilità extra contrattuale dello Stato trova il proprio fondamento nel principio di leale collaborazione per cui gli Stati membri devono assicurare un rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione europea dagli stessi causata.

La norma violata deve implicare l'attribuzione dei diritti ai singoli e deve sussistere un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo da parte dello Stato e il danno subito dal privato. La violazione deve essere manifesta e grave. Fra gli elementi per verificare tale gravità rientrano il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi contrari al diritto comunitario⁶⁶.

Anche in materia di responsabilità risarcitoria, trova applicazione il principio dell'autonomia procedurale temperata dai principi di equivalenza ed effettività.

In altri termini, se il diritto dell'Unione europea stabilisce i requisiti sostanziali della responsabilità risarcitoria, il diritto nazionale predispone strumenti efficienti per far valere le posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal primo.

La violazione grave di una norma diretta a tutelare i diritti dei singoli.

La situazione più semplice si verifica nel caso di violazione della decisione negativa della Commissione che contenga già un ordine di recupero, il cui rifiuto di esecuzione da parte delle autorità nazionali costituisce violazione grave del diritto dell'Unione europea. La violazione è grave in quanto il recupero dell'aiuto illegale è un obbligo pressoché assoluto, salvo che non sia la stessa

⁶⁵ Come già avvenuto, ad esempio, in materia di intese anticoncorrenziali.

⁶⁶ Sentenza Corte di giustizia del 5 marzo 1996 Brasserie du Pêcheur (Cause riunite C-46/93 e C-48/93).

Commissione eventualmente a non prescriverlo. La decisione della Commissione è suscettibile di operatività immediata con effetti diretti immediati sui suoi destinatari.

La gravità della violazione dell'art. 108 par. 3 TFUE.

Più complesso pare individuare una violazione grave dell'art. 108 par. 3 TFUE.

La Corte di giustizia ha affermato la sussistenza della responsabilità per violazione dell'obbligo di stand still. Manca però nella giurisprudenza una più profonda riflessione sulla caratterizzazione dell'art. 108 par. 3 nel senso della gravità dell'infrazione.

Se lo Stato eroga un aiuto prima dell'eventuale decisione, la violazione è evidente e facilmente accertabile; ma ciò non è ancora sufficiente a qualificare grave una infrazione. Anche il fatto che non ci sia stata la notifica della misura di aiuto non sempre può essere dirimente in tal senso perché può esservi il dubbio circa la natura di aiuti della misura progettata che rendano non chiaro l'obbligo di notifica. Pertanto, ai fini della qualificazione della gravità della violazione, è essenziale verificare quale sia l'oggetto dell'obbligo ed il grado di precisione della norma violata, secondo un accertamento che va effettuato nel caso concreto. I dubbi sulla qualificazione della misura devono essere oggettivi e ragionevoli: ad esempio, il fatto che le istituzioni europee abbiano assunto posizioni divergenti sulla stessa misura, costituisce indice della sua dubbia qualificazione sicché l'assenza di notifica potrebbe non costituire una violazione grave e manifesta.

Se vi è convergenza di opinioni sul fatto che l'art. 108.3. sia una norma di tipo procedurale, più complessa (e controversa in giurisprudenza) è la questione circa la sua idoneità a proteggere diritti dei singoli⁶⁷.

La legittimazione attiva nell'azione risarcitoria.

I soggetti danneggiati sono in primo luogo i concorrenti, pregiudicati dalla distorsione al buon funzionamento del mercato interno. Il danno subito può essere un effetto secondario, suscettibile rispetto al pregiudizio alla concorrenza.

I pregiudizi subiti dal concorrente, ovvero l'aumento dei prezzi del prodotto o del servizio su mercato, la riduzione delle quote sul mercato dei concorrenti del beneficiario e via dicendo, per assurgere a danni risarcibili devono costituire la diretta conseguenza dell'erogazione anticipata dell'aiuto.

La quantificazione del danno subito per la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato.

La quantificazione di questo danno è complessa.

L'intervento *medio tempore* di una decisione della Commissione non esclude l'esistenza del danno e la sua risarcibilità ma consente solo di affermare che l'aiuto è utile per finalità a carattere generale, individuate dall'art. 107 par. 2 e 3 TFUE; sicché la compatibilità non esclude l'illegalità né la configurabilità della responsabilità extra contrattuale.

⁶⁷ L'interesse alla concorrenza potrebbe essere qualificato come un vero e proprio diritto garantito dall'Unione europea tramite la propria politica in materia di concorrenza e aiuti di Stato, diritto di cui sono titolari i soggetti presenti nel mercato ed immediatamente tutelabile in sede giurisdizionale. Sussisterebbe quindi un diritto dell'Unione europea garantito diffusamente a molteplici soggetti a che la concorrenza non sia falsata tramite comportamenti statali, tutelato tramite uno strumento di controllo preventivo della Commissione, attivabile con la notifica dello Stato membro.

Infatti, pur non sussistendo un generico pregiudizio alla concorrenza rimane il possibile danno alla posizione del concorrente sul mercato. La decisione di compatibilità non sana il danno individuale che, invece, è permanente proprio per il carattere di illegalità. Essa incide sulla tipologia e sull'entità del pregiudizio dal momento che il danneggiato deve dimostrare il danno da erogazione prematura dell'aiuto nell'entità corrispondente all'ammontare degli interessi maturati.

L'eventuale decisione di compatibilità dell'aiuto sopravvenuta nelle more non esclude, quindi, l'esistenza del danno ma al più lo limita circoscrivendolo al periodo intercorrente tra l'erogazione e la decisione di compatibilità della Commissione. Il danneggiato dovrà dimostrare il pregiudizio subito per il solo fatto che tale erogazione è avvenuta in anticipo rispetto alla decisione della Commissione nel solo ammontare relativo agli interessi maturati dall'erogazione al recupero.

È discusso, inoltre, se l'avvenuto recupero escluda l'esistenza del danno. L'orientamento prevalente è negativo: ammesso che il recupero sia integrale, il ripristino della situazione concorrenziale non significa l'elisione totale di qualsiasi conseguenza negativa che sia stata prodotta nel periodo intercorrente fra l'erogazione e il recupero. In questi casi anzi, lo strumento del risarcimento del danno si presenta come soluzione atta a ripristinare anche la posizione individuale dei danneggiati alla situazione preesistente all'erogazione.

Quanto all'altro elemento del nesso di causalità tra violazione e danno la nozione va definita a livello nazionale. L'attore deve dimostrare che l'erogazione anticipata dell'aiuto sia una probabile causa del danno subito. Il danno individuale si configura come una conseguenza del più generale pregiudizio alla concorrenza. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ritiene sufficiente che il mercato sia aperto alla concorrenza e che la posizione del beneficiario sia rafforzata in conseguenza all'ottenimento dell'aiuto.

Le decisioni della Commissione europea e il loro effetto nell'azione di risarcimento dei danni dinanzi al giudice nazionale.

Al termine di una indagine formale, la Commissione può adottare diverse decisioni e, a seconda dei contenuti e delle tipologie di decisione, diverso sarà l'effetto nell'azione di danni a livello nazionale.

In particolare:

- a) in caso di attestazione negativa: la misura non costituisce aiuto; pertanto, la mancata notifica o l'erogazione anticipata non costituiscono una condotta antigiuridica con conseguente infondatezza di eventuali azioni risarcitorie già intentate sulla base dell'art. 108.3 TFUE;
- b) se la decisione positiva ma l'aiuto è compatibile, ciò non esclude la sua illegalità, ma la limita nel tempo, dal momento in cui l'aiuto è erogato a quello della adozione della decisione della Commissione, che ha effetto solo per il futuro e non sana l'illegalità della condotta né elimina a posteriori gli effetti del vantaggio concorrenziale; l'azione è ammissibile e in tal caso il ricorrente deve dimostrare che la disponibilità prematura dell'aiuto gli abbia recato danno; viene meno l'obbligo di recupero integrale, nel senso che esso è limitato alla corresponsione degli interessi; il concorrente deve dimostrare che la disponibilità dell'aiuto in via anticipata rispetto alla decisione abbia arrecato di suo un pregiudizio; il ripristino della corretta situazione concorrenziale non elimina la situazione di illegalità creata con l'erogazione anticipata dell'aiuto, non elide cioè l'esistenza di un periodo in cui il beneficiario ha goduto di un vantaggio competitivo indebito;
- c) la Commissione può adottare una decisione condizionale, autorizzando cioè la misura di aiuto a determinate condizioni: in tal caso il pregiudizio esiste e l'autorizzazione condizionata non

esclude la sussistenza dei requisiti della responsabilità; anche in questo caso l'onere probatorio è piuttosto complesso;

- d) Se la decisione è negativa, ciò comporta il definitivo accertamento dell'incompatibilità integrale e condizionata dell'aiuto e della sua illegittimità: accertata la condotta antiggiuridica, il ricorrente dovrà fornire la prova del danno subito; il recupero anche integrale dell'aiuto non elimina il danno, né elide il nesso di causalità; in tal caso il recupero in realtà consente solo di fissare un termine finale entro cui il beneficiario non godrà più del vantaggio competitivo; è quindi possibile lamentare un danno anche qualora il recupero sia avvenuto integralmente.

L'illecito derivante dalla mancata esecuzione di una decisione di recupero

La mancata esecuzione di una decisione di recupero della Commissione costituisce una condotta antiggiuridica che può dar luogo alla responsabilità extracontrattuale dello Stato⁶⁸. Infatti solo in casi eccezionali può essere giustificato il mancato recupero, facendo venir meno in tal caso l'elemento dell'antigiuridicità della condotta, ferma restando tuttavia la responsabilità per violazione dell'art. 108 par. 3 TFUE.

In tal caso, i soggetti legittimati ad agire sono: *a)* i concorrenti lesi dall'anticipata erogazione dell'aiuto illegale che ha comportato il rafforzamento della posizione del beneficiario e il pregiudizio alla concorrenza; *b)* i consumatori, che sono stati pregiudicati per effetto del disequilibrio creato sul mercato dall'erogazione degli aiuti, quale conseguenza della peggiorata situazione concorrenziale; *c)* più in generale, chiunque possa agire al fine del risarcimento del danno patito a causa di una condotta anticoncorrenziale.

Discussa è, come evidenziato, la posizione del beneficiario: è assai dubbio che questi possa essere legittimato a intentare una azione risarcitoria nei confronti dello Stato in conseguenza dei pregiudizi patiti per effetto dell'aiuto illegale e incompatibile. Infatti, sebbene non gli sia imputabile la violazione della clausola di sospensione, il beneficiario è a conoscenza, o avrebbe dovuto esserlo secondo l'ordinaria diligenza, della situazione e non può lamentare pregiudizi derivanti da errori di carattere procedurale: egli dovrebbe anzi utilizzare, secondo un criterio di ordinaria prudenza, anche lo strumento della costituzione di riserve finanziarie fintantoché non sia definitivamente chiarita la natura della misura.

Generalmente il beneficiario non può essere, pertanto, considerato danneggiato dalla violazione dell'obbligo di *stand still*.

In alcuni casi, tuttavia anche i beneficiari possono subire un pregiudizio dalla prematura erogazione dell'aiuto: pensiamo ad esempio ai casi di forme di aiuto aventi natura automatica, come gli aiuti fiscali, in cui il beneficiario si trova inevitabilmente rispetto alla erogazione in una situazione di passività e non ha concrete possibilità di intervenire sulla operazione.

In tutti questi casi è discusso se al beneficiario possa essere riconosciuta la legittimazione attiva all'azione risarcitoria contro lo Stato. In linea di principio, la soluzione preferibile sembra quella di non escludere a priori un pregiudizio e una conseguente legittimazione attiva a condizione che il legittimario sia in grado di dimostrare un comportamento secondo buona fede, di aver assolto alla verifica degli oneri procedurali di avvenuta notifica della misura, di poter insomma vantare un legittimo affidamento. Ciò almeno in linea di principio: perché poi l'analisi sul piano del diritto

⁶⁸ Si tratta, anzi, di una ipotesi sotto il profilo della responsabilità risarcitoria più semplice rispetto alla responsabilità fondata sulla mera violazione degli obblighi procedurali, di previa notifica e c.d. *standstill*.

comparato anche nell'esperienza giurisprudenziale degli altri paesi europei⁶⁹ dimostra che sono stati sempre individuati fattori escludenti ad ammettere l'ammissibilità o la fondatezza⁷⁰ o comunque a limitare la quantificazione dell'importo dovuto⁷¹ a suo favore.

VI. AUTONOMIA PROCEDURALE E PRINCIPIO DI EFFETTIVITA' ED EQUIVALENZA, ALLA RICERCA DI UN (DIFFICILE) EQUILIBRIO.

Anche in materia di aiuti di Stato, l'approccio è quello consueto, teso a riconoscere da un lato l'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro a pretendere che i rimedi azionabili in giudizio siano equivalenti ad analoghi rimedi nazionali e tali da non rendere impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto di fonte europea invocato in giudizio.

La ricerca di un equilibrio tra l'autonomia procedurale e l'effettività della posizione fatta valere in giudizio riconosciuta dal diritto dell'Unione europea emerge soprattutto con riferimento alle azioni di risarcimento del danno e di rimborso di tasse versate in esecuzione di un aiuto illegittimo promosse dal concorrente.

In materia di risarcimento del danno, la Commissione si è premurata di ricordare che le modalità procedurali nazionali applicabili non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi disciplinati dalla normativa interna.

La Comunicazione del 2009 precisava poi che la disciplina risarcitoria interna non dovesse escludere il lucro cessante e che la quantificazione del danno dovesse rispettare il principio di effettività.

Anche in materia di prove, si è detto che le norme non devono rendere eccessivamente difficoltosa la dimostrazione del nesso di causalità tra violazione e danno. Il giudice ha anzi il dovere, come rammentato dalla Corte di Giustizia, sulla base dei principi di equivalenza ed effettività di ricorrere a tutti i mezzi procedurali a disposizione del proprio ordinamento tra cui quella di ordinare le necessarie misure istruttorie.

Un altro aspetto su cui il principio di effettività ha un impatto diretto, mitigando l'autonomia procedurale, è quello della legittimazione ad agire. Le norme nazionali non possono, infatti, limitare la legittimazione ad agire ai soli concorrenti del beneficiario.

Ancora, una particolare attenzione ai principi di equivalenza ed effettività emerge in materia di termini di decadenza e prescrizione. I termini applicabili per le azioni, di recupero o risarcitorie, devono essere equivalenti a quelli previsti per le azioni fondate sul diritto nazionale. Inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia richiede che tali termini siano ragionevoli per consentire agli interessati di disporre di tempo sufficiente per presentare le proprie istanze di rimborso.

In linea di principio, ha precisato la Corte di Giustizia, il diritto comunitario non osta a che una legislazione nazionale prenda in considerazione per escludere la ripetizione di aiuti indebitamente versati criteri del tipo della tutela del legittimo affidamento o della prescrizione a condizione che le modalità previste siano le stesse che per il recupero di prestazioni economiche nazionali e l'interesse dell'Unione sia preso pienamente in considerazione.

⁶⁹ Soprattutto la questione è stata affrontata più volte dalla giurisprudenza francese.

⁷⁰ Come, ad esempio, il fatto che il beneficiario avesse la capacità di accedere alle necessarie informazioni per evitare i rischi legati all'incompatibilità della misura o l'assenza di prova sul nesso di causalità.

⁷¹ In particolare, va escluso che il danno subito dal beneficiario possa comprendere il totale dell'importo degli aiuti erogati.

L'autonomia procedurale degli Stati incontra, dunque, un limite nei principi di equivalenza ed effettività, alla luce dei quali il giudice nazionale deve esaminare la regola interna per valutarne la compatibilità sul piano del diritto comunitario.

Al riguardo, occorre rammentare anche la sentenza concernente il caso Lucchini⁷²: la questione riguardava l'efficacia del giudicato interno in relazione a una sentenza resa in contrasto con una decisione definitiva della Commissione. Anche in questo caso il primato del diritto comunitario sul diritto interno e sull'autorità dei giudici nazionali si evince dal superamento del giudicato interno in caso di recupero di aiuti di Stato. Il principio affermato in quel caso fu che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, *nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la sua incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenute definitive*. È confermata in tal modo la tesi secondo cui il giudice nazionale non può pronunciarsi in maniera autonoma sulla compatibilità della misura interna agevolativa con la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato e, laddove ciò avvenga, neanche la definitività della sentenza rappresenta un ostacolo. La disposizione del diritto nazionale, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, deve essere disapplicata nei limiti in cui impedisca il recupero di un aiuto, la cui incompatibilità è già stata dichiarata dalla Commissione⁷³.

L'aspetto che più ci fa comprendere quanto sia difficile l'equilibrio tra i diversi aspetti- l'autonomia procedurale degli Stati membri e la sua compressione nel nome dei principi di effettività ed equivalenza- riguarda l'individuazione di una linea di confine tra la disapplicazione della regola procedurale contrastante con il diritto comunitario e la violazione di un diritto sostanziale (o fondamentale) che tale regola mira invece a proteggere.

La questione è cioè quella di verificare quali siano i valori irrinunciabili rinvenibili nell'ordinamento interno ai quali non possa che darsi prevalenza rispetto al principio di disapplicazione immediata di regole procedurali che ostacolano l'effettività della disciplina in materia di aiuti di Stato.

Abbiamo detto che il legittimo affidamento, pur essendo uno dei principi riconosciuti dal diritto dell'Unione come valore fondamentale dell'ordinamento, è raramente applicabile in concreto nella materia degli aiuti di Stato anche in considerazione delle limitate competenze del giudice nazionale che sono ristrette alla ipotesi di violazione dell'art. 108.3 (per cui è difficile ipotizzare un legittimo affidamento tutelabile in caso di violazione da parte dello Stato degli obblighi di notifica e *stand still*, rispetto ai quali lo Stato non gode di ampi margini di discrezionalità).

Quanto al termine di prescrizione, esso neanche appare un valore irrinunciabile che possa essere opposto come controlimite al primato del diritto comunitario.

⁷² Si tratta del leading case in materia di giudicato anticomunitario.

⁷³ Il giudicato costituisce, in linea generale, un valore irrinunciabile sia nell'ordinamento interno che europeo, al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici. Nondimeno l'imperatività delle norme in materia di aiuti di Stato e la portata vincolante della decisione definitiva della Commissione impone la disapplicazione del principio del giudicato.

Inoltre, si è anche ritenuto che sia incompatibile con il diritto comunitario una norma interna procedurale che imponga l'automatica sospensione dell'atto di recupero una volta impugnato dal beneficiario dell'aiuto⁷⁴.

Segue. Autonomia procedurale e disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario.

In base all'art. 14 del regolamento di procedura, allorquando la Commissione ha adottato una decisione di recupero dell'aiuto statale, considerato non solo illegale, ma anche incompatibile con il mercato comune il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dallo Stato interessato, a condizione però che queste consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. Il giudice nazionale dovrà dunque adottare tutte le misure necessarie disponibili nei rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le misure provvisorie, fatto salvo il diritto comunitario.

La disapplicazione di una norma interna incompatibile con il diritto comunitario conduce difatti a un'applicazione uniforme del diritto europeo anche per gli aspetti procedurali.

Ciò dipende dal fatto che l'autonomia procedurale degli Stati membri è limitata dal principio di equivalenza e da quello di effettività per cui se ciascuno Stato designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto, tali modalità, in forza del principio di equivalenza, non possono essere meno favorevoli dei ricorsi previsti dall'ordinamento interno né rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio dei diritti.

Segue. Alcuni ostacoli che il giudice nazionale può incontrare nell'applicare le regole in materia degli aiuti di Stato. Considerazioni riassuntive sul ruolo del giudice nazionale.

Il giudice nazionale è tenuto a far rispettare il divieto di erogazione anticipata dell'aiuto fino alla decisione di autorizzazione. Le azioni proponibili a livello nazionale sul fondamento dell'efficacia diretta possono essere qualificate, con un ulteriore prestito dal diritto della concorrenza dell'Unione europea, come *stand alone*.

L'assenza di una decisione della Commissione pone difficoltà supplementari quali *in primis* la qualificazione della misura: se essa costituisce un aiuto nuovo, non coperto da un regolamento di esenzione né rientrante nelle eccezioni de *minimis*, avrà allora rilievo la verifica dell'avvenuta notifica.

In generale, possiamo però dire che il ruolo del giudice nazionale nel controllo del rispetto della correttezza procedurale non si esaurisce nella mera verifica formale dell'intervenuta notifica.

Nell'ambito del *public enforcement*, il giudice nazionale può infatti essere richiesto di trarre due conseguenze dall'illegalità dell'aiuto, ovvero:

- A) la sospensione dell'erogazione dell'aiuto, che si rivela molto utile nel caso di misura a carattere continuativo o periodico, impedendo la concessione di aiuti ulteriori e limitando i pregiudizi per la concorrenza; con l'adozione di misure provvisorie, conformemente al proprio diritto nazionale, si pone rimedio all'illegittimità dell'esecuzione degli aiuti affinché il beneficiario non ne conservi la disponibilità fino alla decisione della Commissione; le misure adottabili sono quelle che sospendono l'esecuzione della misura o dispongono il

⁷⁴ Sentenza Commissione c. Francia Scott.

recupero provvisorio di somme già versate (ad esempio mediante il deposito della relativa somma in un conto bloccato), salvaguardano così l'interesse delle parti e l'effetto utile dell'eventuale decisione della Commissione.

- B) Il recupero dell'aiuto: in questo caso è rimessa al giudice nazionale, in forza del principio di autonomia procedurale, la scelta del rimedio più idoneo e appropriato a garantire il ripristino dello *status quo ante*, cioè della precedente situazione concorrenziale; la Corte ammette la varietà ed eterogeneità dei rimedi azionabili secondo il diritto interno, purché siano idonei a garantire l'effetto utile e l'obbligo di risultato che il diritto dell'Unione europea pone sullo Stato membro e sul giudice nazionale; il recupero può essere disposto sia mediante un atto amministrativo interno che in seguito all'annullamento giurisdizionale dell'atto che contiene l'atto; altri rimedi sono riconducibili al diritto civile nei casi in cui l'aiuto sia stato erogato tramite istituti di diritto privato.

VII. CONCLUSIONI E CONSIDERAZIONI FINALI.

Tirando le fila del discorso, la materia degli aiuti di Stato è caratterizzata da una procedura di controllo che vede come interlocutori la Commissione e lo Stato mentre il ruolo dei privati è altamente delimitato. Destinatario unico della decisione della Commissione è lo Stato membro cui spettano i diritti di difesa.

La materia degli aiuti di Stato è, infatti, caratterizzata da un rapporto sostanzialmente bilaterale tra Commissione e Stato membro, in forza del quale quest'ultimo è l'unico soggetto inadempiente e responsabile di fronte alle istituzioni dell'Unione europea.

Tuttavia, sul piano interno delle conseguenze giuridiche delle violazioni statali (sia per la violazione dell'art. 108, che per la mancata esecuzione dell'obbligo di recupero), il binomio Commissione Stato non è affatto ostativo al riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive azionabili davanti ai giudici nazionali.

Il privato diventa così anch'egli parte attiva dell'*enforcement* in cui un ruolo preminente riveste anche il giudice nazionale. In un certo senso il privato diventa *longa manus* della Commissione nell'ordinamento interno.

Un ruolo preminente *nell'enforcement, public and private*, riveste il giudice nazionale che certamente si trova nella posizione migliore per trarre le conseguenze giuridiche connesse sul piano interno all'illegittimità della misura di aiuto⁷⁵.

Il giudice deve rimediare concretamente agli effetti della situazione illegittima, ripristinando lo *status quo ante* e assicurando il risultato voluto dal diritto dell'Unione europea. A tal fine, il giudice è vincolato dalle decisioni della Commissione e al rispetto dei principi comunitari. Il giudice nazionale dovrà dunque adottare le soluzioni, tra quelle esperibili sul piano interno, che siano in grado di raggiungere un risultato almeno analogo a quello che sarebbe conseguibile nell'ambito del *public enforcement*. Pertanto, nell'ambito della autonomia procedurale che gli è riconosciuta, il giudice dovrà adottare sul piano interno misure che non impediscano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione di recupero, disapplicando le norme procedurali che impediscano tale risultato.

⁷⁵ Abbiamo detto che se la Commissione è competente in via esclusiva a pronunciarsi sulla compatibilità dell'aiuto, il giudice nazionale deve trarre le conseguenze giuridiche dall'illegalità dell'aiuto stesso quale difensore della legalità procedurale. Anche il giudice nazionale diventa *longa manus* della Commissione.

Il ristretto margine di apprezzamento che il giudice nazionale ha in materia, specie in presenza di una decisione che ordini il recupero di un aiuto di Stato, incide sull'applicazione del principio generale di autonomia procedurale degli Stati membri e dei suoi limiti, il principio di equivalenza ed effettività. La compressione dell'autonomia procedurale interna nella materia degli aiuti di Stato non potrebbe tuttavia giungere sino a scardinare valori inderogabili e irrinunciabili per l'ordinamento interno⁷⁶.

In tale contesto, spetta al giudice nazionale il ruolo di garante del rispetto degli obblighi procedurali, ma anche quello di assicurare la tempestiva esecuzione, da parte delle autorità nazionali, di una decisione di recupero; anzi la tardiva esecuzione di quest'ultima appare violazione ancor più grave rispetto alla violazione degli obblighi procedurali di notifica e di *stand still*, in quanto una tale decisione è finalizzata a garantire il rispetto delle regole, ma anche (e soprattutto) a ripristinare quel *level playing field*⁷⁷, necessario per il corretto funzionamento di un sistema di concorrenza non falsata.

Nel settore degli aiuti di Stato, considerato uno degli elementi portanti del mercato unico europeo, la tutela giurisdizionale dei soggetti privati non può che passare attraverso un perfetto coordinamento tra rimedi interni e rimedi comunitari. L'efficienza di tale coordinamento a sua volta non può che fondarsi soprattutto su un uso corretto, da parte dei soggetti privati, dei rimedi giurisdizionali che l'ordinamento dell'Unione europea mette a loro disposizione e sull'uso corretto da parte del giudice nazionale del meccanismo del rinvio pregiudiziale, di interpretazione e di validità.

⁷⁶ Ad esempio quelli in materia di giusto processo.

⁷⁷ Ovvero quella parità di condizioni tra tutti i soggetti operanti sul mercato.