



Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura

DI CRISTINA SCHEPISI*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Gli obiettivi generali della nuova bozza di comunicazione. Il rafforzamento del *private enforcement* ...ma anche del *public enforcement*. – 3. Le competenze della Commissione e dei giudici nazionali e la reciproca assistenza. 4. – *Segue*. Le violazioni commesse dai giudici nazionali e la procedura di infrazione. – 5. Le novità riguardo ai rimedi per i privati, tra norme processuali nazionali e tendenza para-normativa della Commissione. – 6. Il principio dell'autonomia procedurale e i suoi limiti. – 7. *Segue*. Il principio dell'autorità di cosa giudicata: una questione ancora aperta. – 8. Brevi conclusioni.

1. Introduzione.

La Commissione ha pubblicato, a fine gennaio 2021, la nuova bozza della Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*¹, che dovrebbe sostituire, di qui a breve, la precedente Comunicazione del 2009².

Il momento nel quale è stata adottata potrebbe forse sorprendere. È sotto gli occhi di tutti, infatti, come la disciplina degli aiuti di Stato abbia ultimamente assunto un rilievo centrale, testimoniato da una produzione incessante di atti e documenti da parte della Commissione. L'attenzione a livello europeo e nazionale non è, tuttavia e al momento, focalizzata sulle modalità di *enforcement* – come invece accaduto negli ultimi anni - ma, al contrario, è prevalentemente concentrata sull'allentamento delle maglie del controllo da parte della

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, Draft (2021).

² Comunicazione della Commissione *relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, in *G.U.* n. C 85 del 9 aprile 2009, p. 1.

Commissione e sull'ampliamento senza precedenti dei casi di compatibilità di molte categorie di aiuti con il mercato. La crisi sanitaria ed economico-sociale ha giustificato (e continua a giustificare) pienamente tale approccio, tant'è che con il perdurare dell'emergenza la Commissione è stata indotta ad emendare per la quinta volta il *Temporary Framework*³ introducendo ulteriori ipotesi di compatibilità degli aiuti e prorogandone l'efficacia al 31 dicembre 2021⁴. Va inoltre segnalato che la Commissione, anche in linea con il programma del *Green Deal* e con il prossimo avvio del *Next Generation UE* (e del *Recovery Plan*) sta rivedendo numerose linee guida e comunicazioni. È infine in cantiere la revisione di taluni regolamenti di esenzione, unitamente all'adozione di ulteriori, con la conseguenza di aumentare le ipotesi di una valutazione *ex ante* della compatibilità degli aiuti di Stato.

La nuova bozza sul ruolo dei giudici nazionali sembrerebbe dunque apparentemente stridere con l'approccio sopra descritto o quanto meno con la percezione diffusa che l'era di un serrato *enforcement* (*public* e poi *private*) sugli aiuti di Stato si sia oramai chiusa, aprendosi invece, teoricamente, la via ad una più blando compromesso tra esigenze nazionali e prerogative del mercato europeo. L'idea che la Commissione intenda adottare una maggiore elasticità nel suo controllo, potrebbe teoricamente far supporre che anche il ruolo del giudice nazionale possa di fatto essere ridimensionato.

Il nuovo documento – che peraltro giunge dopo la chiusura nel 2019 di uno studio commissionato *ad hoc* sull'applicazione delle norme degli aiuti di Stato nei vari ordinamenti⁵ – riafferma invece la funzione centrale tanto della stessa Commissione che dei giudici, 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 vincolante⁶ e il giudice potrebbe discostarsene. Tuttavia, le comunicazioni della Commissione assumono particolare valore, sia in quanto tendono a ricostruire il quadro giurisprudenziale esistente (salvo quanto si dirà appresso), 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.

³ Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* (2020/C 91 I/01). Sul *Temporary Framework*, cfr. in dottrina, tra i contributi più recenti, M. MEROLA- A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Eurojus*, n. 1/2021, pp. 49 ss.

⁴ Comunicazione della Commissione del 28 gennaio 2021, *Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine* (C(2021) 564) final.

⁵ Cfr. "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts (COMP/2018/001)", Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2019, disponibile al seguente indirizzo <https://state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report>.

⁶ Le comunicazioni sono atti non vincolanti per gli eventuali destinatari; caso mai vincolano la stessa Commissione che dunque si “autolimita” nella sua discrezionalità. Corte Giust., 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Tadej Kotnik e a.*, punti 40-41 e 98; v. anche Corte Giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, punto 211. Ovviamente tale profilo è più evidente nelle comunicazioni di natura sostanziale (per la valutazione ad esempio della compatibilità degli aiuti di Stato) e non in quelle “procedurali”.

Benché sia ancora in fase di bozza, il documento si presta comunque ad una serie di riflessioni iniziali.

2. Gli obiettivi generali della nuova bozza di comunicazione. Il rafforzamento del *private enforcement* ...ma anche del *public enforcement*.

Il progetto della nuova Comunicazione mira, alla pari di quella attualmente in vigore, ad incentivare le azioni dei soggetti privati dinanzi ai giudici nazionali e a precisare il ruolo di questi ultimi nel *private enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato. Tuttavia, si conferma (ed anzi aumenta) la tendenza che a prima vista traspariva anche dalla lettura della precedente comunicazione, che è quella di enfatizzare la complementarità (e, in alcuni casi, subalternità) del *private enforcement* rispetto *public enforcement*⁷. L'intento è infatti quello di indurre i giudici nazionali ad applicare ancor più rigorosamente la disciplina sugli aiuti di Stato in tutti i casi di un loro coinvolgimento e dunque ad intervenire efficacemente, nei loro ambiti di competenza, in caso di violazione delle regole del Trattato, evitando – come più volte stigmatizzato dalla Corte di giustizia e dalla stessa Commissione – il ricorso a norme processuali interne laddove queste impediscano un recupero effettivo dell'aiuto illegale.

Il fatto che le azioni dinanzi ai giudici nazionali rivestano, agli occhi della Commissione, una funzione strategica in chiave di (*public*) *enforcement* non è certamente un elemento di particolare novità. Ricordiamo infatti che la Commissione non gode di poteri sanzionatori, né nei confronti degli Stati, né direttamente delle imprese. Non può inoltre ordinare il recupero di un aiuto di Stato solo perché illegale⁸ e di rado adotta misure provvisorie (anche perché soggette a prescrizioni stringenti). Per contro, il giudice è certamente nella posizione migliore per ordinare il recupero dell'aiuto illegale, anche a titolo provvisorio (e a prescindere dal fatto che la Commissione abbia ancora già avviato un'indagine o che l'aiuto sia stato già dichiarato compatibile). Tant'è che egli non dovrebbe neppure sospendere il procedimento in attesa della decisione della Commissione⁹. Inoltre, il giudice riveste un ruolo chiave anche in sede di esecuzione di una decisione di recupero di un aiuto illegale e incompatibile. Egli è infatti vincolato dalla decisione con cui la Commissione ordini il recupero di un aiuto illegale ed incompatibile (e che sia divenuta definitiva)¹⁰, e qualora il giudice adotti una sentenza in spregio

⁷ V. anche Corte giust, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express International (SFEI)*, punto 41; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *van Calster e a.*, punto 47; 5 ottobre 2006, 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, punto 37.

⁸ L'art. 16 del Reg. (UE) n. 2015/1589 del 13 luglio 2015, *recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (codificazione)*, in *G.U.* n. L 248 del 27 settembre 2015, p. 9 ss. abilita, infatti, la Commissione ad adottare una decisione di recupero solo in caso di decisioni negative. Se è vero, da un lato, che il regolamento prevede la possibilità di un recupero in via cautelare, prima dunque che sia accertata la sua eventuale incompatibilità con il mercato interno, dall'altro lato, l'esercizio di tale potere è subordinato all'esistenza degli stringenti requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. La Commissione è perciò comunque tenuta a provare, "*prima facie*", che l'aiuto presenti caratteristiche tali da far presumibilmente condurre ad una dichiarazione di incompatibilità sostanziandosi, l'ordine di recupero in via provvisoria, in un'anticipazione del contenuto della decisione finale (negativa).

⁹ Corte giust., 11 marzo 2010, causa C-1/09, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*, punto 31; ordinanza 4 aprile 2014, *Flughafen Lübeck*, C-27/13, punto 30.

¹⁰ Ma anche dalla decisione di avvio della procedura di indagine formale Corte giust., 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*.

a tale decisione il principio del primato imporrebbe la disapplicazione della regola nazionale sulla *res iudicata*¹¹.

Le azioni dinanzi ai giudici nazionali assumono dunque rilievo non solo per garantire adeguata tutela in caso di violazione delle norme del Trattato ma anche in quanto funzionali ad un più efficace controllo del rispetto di tali norme. Indicazioni in tal senso le troviamo ovviamente nella giurisprudenza anche recente della Corte di giustizia, ma già la Comunicazione della Commissione del 2009 aveva dato atto di voler rafforzare il ruolo del giudice nazionale, sia a fini di deterrenza di comportamenti contrari al diritto dell'Unione, che di una maggiore complementarietà con l'azione di *public enforcement* della Commissione.

La nuova comunicazione sembra, nel suo impianto generale, spostare ancora di più il baricentro dell'azione dei giudici nazionali in chiave di effettività del sistema di *enforcement* - piuttosto che verso la tutela dei privati.

Quello che veniva indicato come "lo scopo principale" della comunicazione del 2009 – e cioè di «informare i giudici nazionali e i terzi dei *rimedi disponibili* in caso di violazione delle norme sugli aiuti di Stato e di fornire loro orientamenti sull'applicazione pratica di dette norme»¹² - nella nuova bozza perde infatti un pezzo: sparisce l'obiettivo di informare i privati dei "*rimedi disponibili*" e resta solo quello di *fornire ai giudici nazionali e ai privati informazioni pratiche sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato a livello nazionale*¹³.

Inoltre, il secondo obiettivo della Comunicazione del 2009 – quello di rafforzare la cooperazione con i giudici nazionali – non è più residuale ma diventa la finalità principale. Secondo quanto si legge, infatti, «scopo principale è quello di orientare i giudici nazionali nell'applicazione di tali norme e di incoraggiare una più stretta collaborazione con la Commissione [...]...definendo tutti gli strumenti di cooperazione disponibili, e tratta (*ndo*) le conseguenze in caso di violazione delle norme in materia di aiuti di Stato»¹⁴.

Tali obiettivi trovano conferma nell'impianto complessivo del documento. Colpisce in primo luogo l'ampio spazio rivolto ai principi generali¹⁵, profili questi che nella Comunicazione del 2009 sembravano avere uno scopo meramente introduttivo e ricognitivo dei principi esistenti, ma che nella nuova bozza acquistano un rilievo assolutamente di primo piano arricchendosi di ulteriori precisazioni. Tra i principi che regolano i rapporti tra la Commissione e i giudici nazionali viene da subito ribadito i) l'obbligo di leale collaborazione (poi illustrato più dettagliatamente nell'ultima parte, alla quale sono comunque dedicato ben 43 paragrafi su 143), e ii) i principi di equivalenza ed effettività (come limiti all'autonomia procedurale). La bozza prosegue poi nel definire i reciproci ruoli della Commissione e dei giudici¹⁶, e dedica solo una parte ridotta all'illustrazione dei rimedi a disposizione dei soggetti privati (azione di recupero, azione di risarcimento del danno, misure cautelari)¹⁷. A chiudere il documento, oltre ad una parte molto dettagliata sulla cooperazione e sull'assistenza reciproca¹⁸, viene inserito un

¹¹ Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-392/04, *Lucchini*.

¹² Punto 6 della Comunicazione del 2009.

¹³ Punto 5 della nuova bozza.

¹⁴ Punto 7.

¹⁵ Punto 2.

¹⁶ Paragrafi 3 e 4.1.

¹⁷ Solo il paragrafo 4.2.

¹⁸ Paragrafo 5.

nuovo paragrafo dedicato alle conseguenze in capo ai giudici nazionali della violazione della disciplina sugli aiuti di Stato¹⁹.

In linea generale, sono due gli aspetti che danno ancor più conto dell'intento di individuare nel giudice nazionale un alleato nell'*enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato. Il primo è la netta definizione delle rispettive funzioni (e soprattutto della competenza *esclusiva* della Commissione), unitamente ad una più incisiva indicazione dei doveri del giudice, del ruolo di collaborazione e assistenza e delle conseguenze per i giudici nazionali nel caso di mancato rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato. Il secondo è una più dettagliata illustrazione dei limiti al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Rispetto alla Comunicazione del 2009, resta in parte ferma una certa tendenza para-normativa della Commissione, che si manifesta nel mantenimento o nell'introduzioni di soluzioni che non trovano fermo supporto nella giurisprudenza della Corte. Va per contro segnalato che la Commissione ha in molti casi rivisto diversi passaggi della Comunicazione del 2009 che evidenziavano, all'occorrenza, una "preferenza" per le regole procedurali e processuali nazionali più "severe" e dunque più aderenti ad una politica di *public enforcement*. Appariva infatti abbastanza evidente come la Commissione cercasse in ogni modo di indurre il giudice nazionale ad adottare quelle soluzioni in grado di raggiungere un risultato almeno analogo a quello che sarebbe conseguibile in applicazione del Reg. 659/99²⁰ nell'ambito del *public enforcement*²¹.

Le modifiche ora intervenute si fondano tuttavia su puntuali statuizioni che la Corte di giustizia ha nel frattempo reso e delle quali evidentemente la Commissione non poteva non tenere conto, mentre resta la sensazione che, laddove taluni principi non siano stati ancora, o del tutto, precisati, la Commissione approfitti di tale spazio, tendendo in alcuni casi, anche nella nuova bozza, ad estendere la portata di alcune soluzioni giurisprudenziali o a manifestare una certa contraddittorietà nei vari passaggi o, ancora, a omettere di riportare principi consolidati nella giurisprudenza, alcuni dei quali fedelmente riportati invece nella Comunicazione del 2009.

¹⁹ Paragrafo 6.

²⁰ E' bene tuttavia ricordare che il regolamento di procedura, all'epoca il Reg. (UE) 659/99, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE (in G.U. n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1), ora sostituito dal Reg. (UE) 2015/1589 del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in G.U. n. L 248 del 24 settembre 2015, p. 9), non produce effetti obbligatori per il giudice nazionale, così come precisato dalla Corte di giustizia nel caso *Transalpine Ölleitung in Österreich*, (Corte giust., 5 ottobre 2006, cit.).

²¹ Cfr L. DANIELE, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, pp. 159 ss., il quale sottolinea che «laddove le regole applicabili al *public enforcement* appaiano alla Commissione non sufficientemente "severe", la Comunicazione tende a pronunciarsi in favore dell'autonomia del *private enforcement* e a sostenere che in tale contesto i giudici nazionali possano o addirittura debbano applicare regole interne più severe. In conclusione, secondo l'impostazione ricavabile dalla Comunicazione, il diritto applicabile alle azioni di *private enforcement* in materia di aiuti dovrà consentire il recupero almeno in tutte le situazioni in cui il recupero sarebbe possibile anche attraverso il *public enforcement*, restando salva la possibilità che tale diritto consenta il recupero anche in altre situazioni. In altri termini, le possibilità di recupero previste dal reg. n. 659/99 e dalla giurisprudenza con riferimento alle azioni di *public enforcement* costituiscono per il *private enforcement* null'altro che un *minimum standard*, cui la disciplina di derivazione interna applicabile può derogare soltanto in senso ampliativo».

3. Le competenze della Commissione e dei giudici nazionali e la reciproca assistenza.

Come innanzi accennato, la nuova bozza pone particolare enfasi, da un lato, sulla competenza esclusiva della Commissione e, dall'altro sul ruolo dei giudici nazionali, sulla delimitazione dei loro poteri, e sugli obblighi loro incombenti.

Al ruolo della Commissione è in particolare dedicato il par. 3, nel quale vengono sintetizzate le principali fasi della procedura di controllo degli aiuti e la tipologia e gli effetti delle decisioni che la Commissione può adottare²². Tali profili sono poi in realtà ripresi e dettagliati nel par. successivo, il n. 4, dedicato ai giudici nazionali²³. Nella prima parte del paragrafo la Commissione, infatti, ribadisce ancora una volta quali sono i limiti allo spazio di discrezionalità dei giudici nazionali.

L'intento è quello di chiarire nel dettaglio le possibili ipotesi nelle quali può trovarsi un giudice dinanzi ad una decisione della Commissione. Il messaggio è tuttavia il medesimo: la decisione della Commissione, in qualunque modo intervenga è (sempre) vincolante (salva ovviamente la possibilità di un rinvio pregiudiziale di interpretazione o di validità²⁴). Quest'ultima può precedere il giudizio interno e in tal caso il giudice è costretto a «seguire la valutazione della Commissione». Anche una decisione di compatibilità dell'aiuto non esime il giudice dal trarre le conseguenze giuridiche (recupero dell'aiuto o solo degli interessi). La compatibilità, infatti, non sana l'illegalità²⁵. Nel caso non si tratti di una decisione che chiuda il procedimento ma semplicemente di avvio dell'indagine formale, costui sarà comunque vincolato a quanto espresso dalla Commissione circa la natura di aiuto di Stato della misura (salvo sollevare un rinvio pregiudiziale)²⁶. Infine, qualora la decisione della Commissione intervenga dopo la sentenza definitiva del giudice nazionale (eventualmente di segno contrario), la sentenza non può impedire alla Commissione «di esercitare la competenza esclusiva conferitale dal TFUE» (e cioè di avviare la procedura di controllo)²⁷.

Da ultimo la nuova bozza sottolinea che in assenza di decisioni della Commissione, o in loro pendenza, il giudice nazionale non può semplicemente sospendere il giudizio nazionale senza disporre misure provvisorie, nell'attesa che si chiuda il procedimento dinanzi alla Commissione, perché ciò equivarrebbe a una decisione di rigetto della domanda di tali misure²⁸.

Una particolare novità riguarda poi la descrizione dei reciproci poteri in caso di applicazione dei regolamenti di esenzione, e anche in tal caso la Comunicazione pone l'accento sulla competenza esclusiva della Commissione e sui compiti dei giudici²⁹. In linea con la

²² Punti da 33 a 40.

²³ Punti da 41 a 55.

²⁴ V. Corte giust., Corte giust., 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, causa C-314/85, punto 20; 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, causa C-143/88 e C-92/89, punto 23; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft e a.*, causa C-465/93, punto 51; 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit., punto 53; 11 luglio 1996, *SFEI e altri*, cit., punti da 50 a 51; 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, cit., punto 44, cit.

²⁵ Corte giust., 11 marzo 2010, *CELF*, cit. punti 31 e successivi; 19 dicembre 2019, *Arriva Italia e altri*, C-385/18, punto 85; 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, cit., punto 30; 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar*, punto 89; 3 marzo 2020, causa C-75/18, *Vodafone Magyarország*, punto 23; 13 dicembre 2018, causa C-492/17, *Ritinger e altri*, punto 42.

²⁶ Corte giust., 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, cit., punti 41-43.

²⁷ Corte giust., 4 marzo 2020, causa C-586/18 P, *Buonotourist c. Commissione*, punti 92-96; e causa C-587/18 P, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*, punti 92-96.

²⁸ Punto 54. V. anche Corte giust., 11 marzo 2010, *CELF*, cit., punti 31 ss. ordinanza 4 aprile 2014, *Flughafen Lübeck*, causa C-27/13, punto 30.

²⁹ Punti 63-67.

giurisprudenza più recente della Corte di giustizia³⁰, la Commissione ricorda, infatti, che «l'adozione dei regolamenti di esenzione per categoria non intende trasferire agli Stati membri la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno, che rimane di competenza esclusiva della Commissione» perché «la valutazione della compatibilità di una specifica misura di aiuto con criteri diversi da quelli stabiliti nel pertinente regolamento di esenzione per categoria richiederebbe una valutazione complessa, che è di esclusiva competenza della Commissione». Infatti, i giudici «devono verificare se sono state rispettate le condizioni di un regolamento di esenzione per categoria, per stabilire se la misura era esente dall'obbligo di notifica. La Corte di giustizia ha definito l'ambito delle competenze dei giudici nazionali quando essi stabiliscono se le condizioni del regolamento generale di esenzione per categoria siano state applicate correttamente vale a dire in che misura i giudici nazionali possano interpretarne le disposizioni»³¹.

Ulteriori doveri per i giudici nazionali sono poi indicati nell'ultima parte della comunicazione, dedicata alla collaborazione e all'assistenza reciproca³². La coerenza nell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato esige infatti che la Commissione assista i giudici trasmettendo, a loro richiesta, informazioni o pareri o presentando osservazioni in qualità di *amicus curiae* nell'ambito dei giudizi nazionali.

Fin qui la nuova bozza ricalca quanto già delineato nella Comunicazione del 2009. La novità consiste invece nell'ulteriore obbligo che i giudici nazionali avrebbero di trasmettere alla Commissione le sentenze adottate in materia di aiuti di Stato. Il dovere di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, implica infatti che anche «gli Stati membri, comprese le loro autorità giudiziarie, devono coadiuvare le istituzioni dell'Unione europea al fine di conseguire gli obiettivi dell'Unione europea. Per garantire l'effettiva applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato, i giudici nazionali sono invitati a trasmettere senza indugio alla Commissione una copia di qualsiasi sentenza scritta emessa a seguito della trasmissione, da parte della Commissione, di informazioni o di un parere, o della presentazione di osservazioni in qualità di *amicus curiae*. Ciò consente alla Commissione di venire a conoscenza tempestivamente dei casi per i quali potrebbe essere opportuno presentare osservazioni, qualora una delle parti impugnasse la sentenza»³³.

4. Segue. Le violazioni commesse da giudici nazionali e la procedura di infrazione.

Sempre riguardo ai rapporti tra giudici e Commissione, la Comunicazione introduce, infine – e questo costituisce un'assoluta novità - un apposito paragrafo dedicato alle violazioni che gli stessi giudici nazionali possono commettere nell'applicare la disciplina sugli aiuti di

³⁰ V. Corte giust. 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, cit.

³¹ Per approfondimenti ci si permette di rinviare a C. SCHEPISI, *La valutazione di compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2019, pp. 319 ss.

³² Punti 100 e ss. Come la Comunicazione preannuncia al punto 18, «L'obbligo di assistenza reciproca derivante dall'articolo 4, paragrafo 3, del TUE, si applica anche ai giudici nazionali. Ciò significa che la Commissione assiste i giudici nazionali nell'applicazione del diritto dell'Unione europea e che, per contro, i giudici nazionali assistono la Commissione nell'adempimento dei suoi compiti. I giudici nazionali devono quindi adottare tutte le misure necessarie per garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea e astenersi dall'adottare decisioni che possano compromettere il raggiungimento degli obiettivi del TUE e del TFUE (insieme, i "trattati")».

³³ Punto 133, compreso nel nuovo paragrafo (n. 5.2) intitolato "Assistenza dei giudici nazionali alla Commissione".

Stato e alle loro conseguenze, in termini di procedura di infrazione o di procedimento di indagine ai sensi dell'art. 12 del Regolamento 2015/1589³⁴ ("regolamento di procedura").

Un primo tipo di violazione si ha quando i giudici non garantiscono adeguatamente che sia rispettato (e dunque eseguito) un obbligo contenuto in una decisione di recupero³⁵. I giudici nazionali possono inoltre violare direttamente l'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE concedendo nuovi aiuti mediante le loro sentenze. Ciò avviene, ad esempio, quando l'interpretazione di un contratto o di una decisione di concessione di un aiuto abbia l'effetto di prolungare la durata iniziale di una misura di aiuto. Incombe infatti anche sui giudici nazionali l'obbligo di notificare alla Commissione ogni decisione che modifichi o proroghi un atto di concessione di un aiuto estendendo ad esempio in via interpretativa la portata di un regime di aiuti esistente³⁶. Da ultimo, i giudici nazionali possono «violare gli obblighi loro incombenti in forza dei trattati» qualora non traggano «le conseguenze appropriate dalla violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE» come ad esempio quando «non impediscono l'esecuzione di una misura illegale e non ne ordinano il recupero»³⁷.

L'elemento di ulteriore rilievo è però il fatto che, sulla base di tali premesse la Commissione avverta espressamente i giudici della possibilità di avviare una procedura di infrazione o il procedimento di indagine ai sensi dell'art. 12 del Regolamento 2015/1589³⁸ ("regolamento di procedura").

Riguardo a violazioni connesse a decisioni di recupero non eseguite, dovute anche a comportamenti imputabili ai giudici nazionali, la Commissione può attivare la procedura di infrazione³⁹.

I precedenti non mancano⁴⁰. In tali casi, l'addebito - che è prima ancora rivolto alle autorità dello Stato che hanno erogato misure di aiuto illegali - si fonda su discipline o prassi processuali che precludono ai giudici nazionali di poter ad esempio imporre il recupero dell'aiuto o che li conducono ad adottare con estrema facilità delle misure provvisorie a favore dei beneficiari (sospensione dell'atto interno di recupero)⁴¹.

La possibilità di adire la Corte in caso di violazione da parte dello Stato membro delle decisioni rese al termine della procedura di controllo, è d'altra parte espressamente prevista dall'art. 108 TFUE. Come noto, la Commissione può avviare una seconda procedura ai sensi dell'art. 260 TFUE, e può richiedere alla Corte la comminazione di ammende e penalità di mora.

Va solo osservato che sino ad ora le procedure di infrazione avviate nella materia degli aiuti di Stato, hanno all'occorrenza riguardato prassi giudiziali generalizzate e non singoli comportamenti giudiziali. L'unica volta in cui la Commissione è intervenuta per un

³⁴ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015, *recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in GU n. 248 del 24 settembre 2015, p. 9.

³⁵ Punto 135.

³⁶ Punto 138.

³⁷ Punto 142.

³⁸ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015, *recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in G.U. n. 248 del 24 settembre 2015, p. 9.

³⁹ Punto 135.

⁴⁰ Corte giust., 12 marzo 2020, causa C-576/18, *Commissione c. Italia* (settore alberghiero in Sardegna); 11 settembre 2014, causa C-527/12, *Commissione c. Germania*; 22 dicembre 2010, causa C-507/08, *Commissione c. Slovacchia*; 22 dicembre 2020, causa C-304/09, *Commissione c. Italia*; 5 maggio 2011, causa C-305/09, *Commissione c. Italia*; 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione c. Francia (Scott)*.

⁴¹ *Commissione c. Italia*; 5 maggio 2011, cit.; *Commissione c. Italia*; 5 ottobre 2006, *Commissione c. Francia (Scott)*, cit.

comportamento imputabile ad “un singolo” giudice è stato, infatti, nel caso *Commissione c. Francia*⁴², in un settore diverso dagli aiuti di Stato, nel quale veniva in rilievo una palese violazione da parte di un giudice di ultima istanza, per non aver rispettato un precedente della Corte di giustizia e non aver attivato il meccanismo di rinvio pregiudiziale. Una procedura di infrazione potrebbe dunque ipotizzarsi nel caso in cui un giudice di ultima istanza disattenda palesemente una precedente decisione negativa della Commissione (come di fatto accaduto nel caso quello *Lucchini*). In questo caso, va inoltre ricordata la possibilità per i soggetti privati di esperire un’azione risarcitoria nei confronti dello Stato⁴³. Non sarebbe invece opportuna una procedura di infrazione avverso comportamenti dei giudici di istanza inferiori perché la violazione non sarebbe ancora cristallizzata.

Qualora il giudice conceda nuovi aiuti mediante una sua sentenza (e dunque non rispetti la clausola di sospensione o non notifichi il nuovo aiuto), la conseguenza – correttamente evidenziata dalla Commissione – sarebbe invece quella di avviare la procedura di controllo prevista dal Reg. (UE) n. 2015/1589⁴⁴. È noto invece che l’avvio di una procedura di infrazione non è una soluzione prevista dal Trattato o dal regolamento di procedura e d’altra parte la Corte lo ha sin da tempi remoti espressamente escluso⁴⁵.

Desta invece qualche perplessità, quanto meno in termini di chiarezza, il riferimento al caso – differente da quello appena menzionato – in cui il giudice violi gli obblighi del Trattato non impedendo l’esecuzione di una misura illegale e non ordinandone il recupero⁴⁶.

La Comunicazione, nel dedicare un paragrafo apposito al procedimento di infrazione (punti 141-143), e nel ribadire che «lo scopo della procedura [*di cui all’art. 258 TFUE*] è quello di porre fine alla violazione» e che i giudici che «non traggano le conseguenze appropriate dalla violazione dell’art. 108, paragrafo 3 del TFUE [...] violano gli obblighi loro incombenenti», sembra chiaramente suggerire che la Commissione possa avviare una procedura per inadempimento anche in tali casi.

Come si diceva innanzi, in presenza di aiuti (solo) illegali la Commissione è tenuta ad avviare la procedura di indagine.

Ammettere la possibilità di avviare una procedura di infrazione (anche) qualora i giudici evitino di trarre le dovute conseguenze derivanti dalla concessione di una misura illegale (non dichiarino illegittimo il provvedimento di concessione, non ordinino il recupero dell’aiuto, non

⁴² Corte giust. 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*.

⁴³ Corte giust., 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti Mediterraneo*; si veda Corte giust., 23 gennaio 2019, causa C-387/17, *Fallimento Traghetti Mediterraneo* su rinvio della Corte di Cassazione nell’ambito dell’azione risarcitoria promossa contro lo Stato (Cass., III Sez. civ., Ordinanza n. 15539/17 del 22 giugno 2017).

⁴⁴ Punti 135 e 140.

⁴⁵ Corte giust., 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*. Questioni particolari potrebbero tra l’altro porsi riguardo alla presumibile discrezionalità della Commissione, in presenza di un aiuto illegale, di avviare alternativamente la procedura di infrazione o la procedura indagine formale stabilita dal reg. n. Reg. (UE) 2015/1589, oppure di avviarle entrambe. È infatti evidente che se l’aiuto (illegale) appaia *prima facie* incompatibile, la Commissione sarebbe tenuta ad avviare la procedura di indagine formale. L’attivazione di una contestuale procedura di infrazione avrebbe l’obiettivo di accertare la mera violazione dell’art. 108.3 ma per sortire un effetto pratico dovrebbe certamente terminare prima dell’indagine formale contestualmente avviata. In caso contrario l’efficacia di una sentenza di mero accertamento dell’illegalità dell’aiuto sarebbe paradossalmente sminuita dall’intervenuta decisione negativa della Commissione che comunque imporrebbe allo Stato il recupero dell’aiuto.

⁴⁶ Punto 142.

concedano misure provvisorie ecc.), equivarrebbe a consentire alla Commissione di avviare contestualmente sia la procedura di indagine (in quanto gli aiuti concessi dallo Stato sono appunto illegali), sia quella di infrazione per non aver i giudici nazionali, appunto, tratto le dovute conseguenze.

Dovrebbe teoricamente trattarsi di giudici di ultima istanza il che rende ancora peraltro poco utile – a prescindere da ulteriori considerazioni di ordine ricostruttivo – l’avvio di una procedura di infrazione, posto che la Commissione potrebbe già aver aperto (e forse chiuso) la procedura di indagine per aiuti illegali. L’esecuzione della decisione finale costituirebbe a quel punto la priorità (e, la procedura sarebbe pertanto eventualmente attivabile per non aver i giudici garantito adeguatamente il rispetto dell’obbligo contenuto nella decisione di recupero).

Non constano ovviamente precedenti giurisprudenziali né appaiono pertinenti quelli richiamati nella Comunicazione, sia perché tutti attinenti a rinvii pregiudiziali, sia perché i passaggi delle sentenze citati si limitano appunto a rimarcare gli obblighi che incombono sul giudice senza dedurre le conseguenze in termini di inadempimento agli obblighi del Trattato⁴⁷.

Ci sembra dunque che qualora siano pendenti cause relative ad aiuti illegali e il giudice nazionale non abbia accolto un’eventuale domanda di recupero o non abbia concesso misure provvisorie, la soluzione sia eventualmente sempre quella dell’apertura della procedura di controllo, proprio al fine di valutare *in primis* se gli aiuti siano o meno compatibili.

5. Le novità riguardo ai rimedi per i privati, tra norme processuali nazionali e tendenza para-normativa della Commissione.

Alle azioni dei privati dinanzi ai giudici nazionali, la nuova Comunicazione dedica ora solo il punto 4.2. Come si diceva al principio, la scelta di lasciare alla descrizione di tali azioni solo una parte minore del documento (meno di un terzo, circa una decina di pagine sulle 36 totali), evidenzia, tra gli altri elementi, una maggiore attenzione verso il ruolo del giudice piuttosto che verso la tutela dei soggetti privati.

Si è per contro rilevato che riguardo a tale parte del documento, la Commissione ha apportato un certo numero di correzioni, per rendere taluni aspetti più aderenti agli orientamenti giurisprudenziali nel frattempo intervenuti.

Da un lato, le modifiche apportate restituiscono in diversi casi al giudice la possibilità di applicare norme processuali interne, anche qualora più favorevoli (per il beneficiario) rispetto alle regole procedurali che le autorità pubbliche dovrebbero applicare in caso di ordine di recupero di un aiuto, direttamente promanante dalla Commissione. Dall’altro, come si vedrà appresso, non mancano tuttavia – anche nella nuova versione - esempi di deviazioni dai principi giurisprudenziali, o di omissioni.

Un primo intervento correttivo lo si riscontra in riferimento al recupero dell’aiuto. Ne costituisce un esempio il metodo di calcolo degli interessi. Secondo quanto previsto dalla

⁴⁷ Si consideri infine che gli aiuti illegali potrebbero poi rivelarsi *ex post* compatibili. Pur sapendo che la compatibilità non sana l’illegalità, sappiamo tuttavia che la *ratio* in base alla quale è consentito al giudice di non ordinare il recupero dell’aiuto (salvo gli interessi dovuti per il periodo dell’illegalità) è proprio quella di evitare che un aiuto “vantaggioso” per il mercato sia “inutilmente” restituito per poi essere concesso nuovamente. In assenza (o in pendenza) di una decisione della Commissione che dichiari un aiuto compatibile o meno, non ci pare pertanto – anche per tale motivo – che una procedura di infrazione possa concretamente trovare utilità, né in presenza di una prassi generalizzata né, tantomeno, in caso di soluzioni giudiziali singole.

Comunicazione del 2009, il giudice nazionale sarebbe tenuto ad applicare un tasso *non* inferiore rispetto a quello utilizzato dalla Commissione in caso di ordine di recupero di un aiuto illegale e incompatibile⁴⁸. Si trattava nella specie di un'applicazione (non corretta) di regole procedurali applicabili nel caso della procedura di controllo da parte della Commissione svolta nel contesto dell'allora Reg. 659/99.

La nuova comunicazione provvede a correggere tale profilo precisando che gli interessi relativi ad un aiuto illegale sono calcolati «conformemente alle norme applicabili del diritto nazionale, purché siano soddisfatte due condizioni. In primo luogo, queste norme devono rispettare i principi di equivalenza e di effettività (cfr. punto 2.2); e, secondariamente, gli interessi dovuti per la durata dell'aiuto illegale devono essere calcolati a un tasso equivalente a quello che sarebbe stato applicato se il beneficiario avesse dovuto prendere in prestito sul mercato l'importo dell'aiuto in questione nell'arco di tale periodo». È dunque chiaramente consentito applicare un tasso eventualmente inferiore a quello di riferimento della Commissione. La Corte era intervenuta sul punto con la sentenza *Eesti Pagar*⁴⁹.

Un altro esempio è dato dalla prescrizione. In realtà la Comunicazione del 2009 tace su tale aspetto, ma l'attuale bozza, conformemente ad una serie di pronunce intervenute successivamente, ha correttamente ricordato che, in assenza di una decisione della Commissione su recupero «il termine di prescrizione di dieci anni previsto dal regolamento di procedura si applica esclusivamente alla Commissione»⁵⁰ e che il giudice nazionale dovrà dunque fare riferimento ai termini previste dalle norme processuali nazionali. Qualora «le procedure nazionali prevedano un termine di prescrizione più lungo, il giudice nazionale deve ordinare il recupero degli aiuti concessi in violazione della clausola di sospensione anche dopo la scadenza del termine di prescrizione previsto per la Commissione». Ma il giudice potrà applicare «anche termini di prescrizione nazionali inferiori ai dieci anni» ed anzi questi saranno «vincolanti per i giudici nazionali»⁵¹. Pertanto, solo qualora «la Commissione adotta una decisione di recupero, gli Stati membri non possono giustificare la mancata esecuzione di tale decisione sulla base di requisiti del diritto nazionale, quali i termini di prescrizione nazionali»⁵².

Sempre sotto il profilo del recupero dell'aiuto illegale colpisce, al contrario, il totale silenzio sulle *circostanze eccezionali* che possono giustificare un mancato ordine di recupero da parte del giudice nazionale. A tale aspetto la comunicazione del 2009 aveva dedicato vari

⁴⁸ Questo indebito vantaggio temporale spiega il motivo per cui, se il recupero è ordinato dalla Commissione, l'articolo 14, paragrafo 2, del regolamento di procedura esige non solo il recupero dell'importo nominale dell'aiuto, ma anche il recupero degli interessi a partire dal giorno in cui l'aiuto illegale è stato posto a disposizione del beneficiario fino al giorno in cui è effettivamente recuperato. Il tasso d'interesse da applicare è definito all'articolo 9 del regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo [93] del trattato CE («il regolamento di esecuzione»).

⁴⁹ Corte giust., 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, cit., punto 141.

⁵⁰ Corte giust., 23 gennaio 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, cit., punto 61. Secondo la Comunicazione (punto 82): «né l'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento di procedura, né gli articoli 9 e 11 del regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione (Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE (GU L 140 del 30 aprile 2004, p. 1), si applicano al recupero di aiuti illegali da parte di uno Stato membro in mancanza di una decisione di recupero della Commissione».

⁵¹ Corte giust., 23 gennaio 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, cit., punti 1-75.

⁵² Corte giust. 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, punti 34- 37; 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, punto 35; 30 aprile 2020, causa C-627/18, *Nelson Antunes da Cunha*, punto 60.

passaggi. Richiamando la giurisprudenza *SFEI*, la Commissione aveva infatti precisato che «l'obbligo di recupero dei giudici nazionali non è assoluto. Secondo la giurisprudenza *SFEI*, possono sussistere circostanze eccezionali in cui sarebbe inappropriato ordinare il rimborso di un aiuto di Stato illegale»⁵³.

La Comunicazione del 2009 era stata tuttavia molto esplicita nel ritenere che «il criterio giuridico da applicare in tale contesto dovrebbe essere analogo a quello applicabile ai sensi dell'art. 14» del reg. n. 659/99»⁵⁴ e che, pertanto «circostanze che non osterebbero a un ordine di recupero da parte della Commissione, non possono giustificare il fatto che un giudice nazionale si astenga dall'ordinare il recupero integrale di un aiuto ai sensi dell'art. 88, paragrafo 3, del trattato CE»⁵⁵. Tuttavia, poiché le uniche circostanze che normalmente possono giustificare un legittimo affidamento (e dunque impedire il recupero dell'aiuto) sono – per giurisprudenza della Corte – essenzialmente quelle riconducibili a comportamenti della Commissione (quando la stessa Commissione abbia fornito precise assicurazioni che la misura in questione non costituisce aiuto di Stato oppure che non è soggetta alla clausola sospensiva⁵⁶), di fatto il giudice nazionale, non sarebbe mai in grado, in presenza di un aiuto (solo) illegale di individuare circostanze eccezionali perché queste ultime non potrebbero fondarsi né su comportamenti della Commissione (ancora non adottate) né sul diritto interno. Il fatto che la nuova bozza di Comunicazione non riporti tale punto non è da considerarsi del tutto negativo, vista l'ambiguità del testo precedente. Un maggiore chiarimento sarebbe stato tuttavia auspicabile quanto meno per ragioni di completezza.

Riguardo alle misure provvisorie che il giudice può adottare nelle more del giudizio, è invece da segnalare un ulteriore intervento correttivo. L'attuale Comunicazione del 2009 prevede la possibilità (anzi l'obbligo) per il giudice nazionale di concedere una misura provvisoria di recupero dell'aiuto illegale senza dover verificare l'esistenza del *periculum in mora* (che sarebbe stato *in re ipsa*) ma solo del *fumus boni iuris* (è infatti sufficiente che il giudice abbia la “ragionevole convinzione che la misura [...] comporti un aiuto di Stato illegale”). Anche in tal caso la soluzione costituisce una deroga alle condizioni che il giudice dovrebbe normalmente verificare (peraltro richieste anche in sede di giudizio dinanzi alla Corte di giustizia). A seguito della giurisprudenza nel frattempo intervenuta⁵⁷, la nuova bozza sembra ora e invece coerentemente richiedere anche la valutazione del *periculum in mora*. I giudici

⁵³ In particolare, la Corte di giustizia europea ha costantemente sostenuto che, in linea di principio, il beneficiario di un aiuto concesso illegittimamente non può invocare il legittimo affidamento contro un ordine di recupero della Commissione (causa C-5/89, *Germania contro Commissione*, punto 14; causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, punto 51; causa C-148/04, *Unicredito Italiano*, punto 104) ciò per il fatto che un operatore economico diligente sarebbe stato in grado di accertarsi se l'aiuto riscosso era stato o meno notificato; causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, punto 14; 20 marzo 1997, *Alcan Deutschland*, cit.

⁵⁴ Secondo l'art. 16 del Reg. (UE) 2015/1589 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, cit., «la Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario». I principi generali di diritto che possono impedire alla Commissione di disporre il recupero dell'aiuto sono stati individuati dalla giurisprudenza nel principio di proporzionalità e nella tutela del legittimo affidamento.

⁵⁵ Punto 32. In realtà nella sentenza della Corte giust., 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., p. 70, la Corte si limita ad affermare che possono presentarsi delle “circostanze eccezionali” tali da giustificare che non venga ordinato il recupero dell'aiuto, senza ulteriore specificazione.

⁵⁶ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-39/94, *SFEI* punto 73; causa 223/85, *RSV c. Commissione*, punto 17; cause C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 c. Commissione*, punto 147.

⁵⁷ Corte giust., 11 marzo 2010, *CELF*, cit., punto 36; Trib., ordinanza del 3 marzo 2015, causa T-251/13, *Gemeente Nijmegen c. Commissione*, punto 45.

nazionali hanno, infatti, l'obbligo di adottare tali misure (solo) se sono soddisfatte le seguenti condizioni: i) non vi è alcun dubbio sull'esistenza di un aiuto di Stato (non basta dunque una “ragionevole convinzione”); ii) l'aiuto sta per essere, o è stato, attuato; e iii) non sono state riscontrate circostanze eccezionali che rendano inopportuno il recupero. Ne deriverebbe inoltre che in mancanza di una delle tre condizioni indicate, non sussisterebbe alcun obbligo ma solo un potere.

In riferimento, infine, al risarcimento del danno la Comunicazione conferma in parte alcuni profili e introduce in altri talune novità. Sostanzialmente simile all'attuale comunicazione è la parte relativa ai principi generali applicabili alle azioni di nei confronti dello Stato. Rimane pertanto ferma la perplessità circa la definizione di “violazione grave e manifesta” riferita alla violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE ai fini del soddisfacimento di uno dei requisiti utili a far sorgere la responsabilità dello Stato. La Corte non si è in effetti mai espressa in tal senso ed è utile ricordare che benché l'obbligo di notifica non ammette eccezioni è tuttavia discutibile che il mancato rispetto di tale obbligo sia equiparabile ad una violazione considerata “manifesta”, considerati i casi in cui potrebbe essere dubbia la stessa qualificazione di una misura come aiuto di Stato. E va segnalato che l'affermazione è nuovamente ripetuta in chiusura di documento ed in riferimento alla violazione che anche i giudici possono commettere in riferimento all'art. 108, par. 3 TFUE quando mancano di tutelare i diritti dei singoli che risultino lesi⁵⁸.

Resta ferma inoltre l'estrema lacunosità di spiegazioni riguardo al “nesso di causalità” sebbene sia proprio tale condizione a rendere particolarmente arduo per i ricorrenti la proposizione di azioni di risarcimento del danno.

Per contro, il nuovo documento introduce talune novità, tratte dai casi decisi dalla stessa Commissione e da sentenze della Corte di giustizia. La Comunicazione ricorda infatti che in alcuni casi i danni riconosciuti alle imprese in base al diritto nazionale possono costituire aiuti di Stato illegali⁵⁹. È quanto stato deciso dalla Commissione nel caso *Micula-Romania*⁶⁰, ove viene precisato che «quando i giudici nazionali si pronunciano sul risarcimento dei danni a terzi per i costi sostenuti come diretta conseguenza di aiuti illegali, devono evitare di adottare decisioni che abbiano l'effetto di allargare la cerchia dei beneficiati»⁶¹.

Un ulteriore punto di interesse è poi il riferimento ad azioni che il beneficiario potrebbe avviare nei confronti dello Stato per il risarcimento del danno dovuto ai costi sostenuti per restituire l'aiuto. Si tratta, questa, di un'ipotesi – ovviamente non condivisa dalla Commissione - che la Corte non ha mai espressamente escluso, ma che evidentemente non potrebbe trovare diretto fondamento sul diritto dell'Unione poiché quest'ultimo non ammette, salvo eccezioni, che il beneficiario possa vantare un legittimo affidamento sulla misura di concessione⁶².

⁵⁸ Punto 143, v. *infra*.

⁵⁹ Corte giust., 27 settembre 1988, cause riunite da C-106 a C-120/87, *Asteris e altri c. Repubblica ellenica e CEE*, punto 23; 21 dicembre 2016, cause riunite C-164/15 P e C-165/15 P, *Commissione c. Aer Lingus*, punto 72.

¹²⁸ Corte giust., 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 57.

⁶⁰ Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione, del 30 marzo 2015, *relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione – Lodo nella causa Micula/Romania*, dell'11 dicembre 2013, in *G.U.* n. L 232 del 4 settembre 2015, p. 43).

⁶¹ Corte giust., 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 57.

⁶² Corte giust. 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, cit.; 15 dicembre 2005, *Unicredito Italiano*, causa C-148/04, 19 marzo 2015, causa C-672/13, *OTP Bank*, punto 77. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano è da segnalare la decisione

Nessuna nuova precisazione è invece introdotta riguardo ad eventuali azioni promosse dal concorrente nei confronti del beneficiario. Esattamente come nella Comunicazione attualmente in vigore, la Commissione si limita a richiamare il principio espresso nella sentenza *SFEI*⁶³ e secondo cui l'art. 108, par. 3 TFUE non impone alcun obbligo diretto al beneficiario e dunque non offre alcuna base giuridica sufficiente per tali ricorsi, ed a ricordare che «ciò non pregiudica la possibilità di intentare un'azione di risarcimento danni contro il beneficiario conformemente al diritto nazionale, ad esempio sulla base di disposizioni nazionali che disciplinano la responsabilità extracontrattuale»⁶⁴.

Se è vero che tali azioni restano fondate sul diritto nazionale e che in ogni caso non vi sono nuovi sviluppi giurisprudenziali a livello europeo, la possibilità di avviare un'azione nei confronti del beneficiario non costituisce più un'ipotesi così rara. D'altra parte anche tali azioni possono sollevare questioni di un certo rilievo come la valutazione del "legittimo affidamento" del beneficiario (che qualora fosse riconosciuto potrebbe escludere la responsabilità civile), o la qualificazione della misura come aiuto di Stato (e poi anche come aiuto nuovo o esistente). Alcuni casi, recentemente portati all'attenzione dei giudici italiani (e fondati sulle norme a tutela della concorrenza sleale) lo dimostrano⁶⁵.

Non è inoltre escluso che vi possano essere dei casi in cui l'impresa beneficiaria, proprio in virtù dell'aiuto ricevuto, assuma sul mercato condotte abusive (qualora in posizione dominante) oltre che sleali. In questo caso potrebbe essere necessario (o comunque utile) attingere alle regole introdotte dalla direttiva 2014/104 sul risarcimento del danno derivante dalle violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE⁶⁶.

della Corte d'Appello di Cagliari (sentenza 13 giugno 2017 n. 517/2017), che ha riconosciuto il risarcimento del danno al beneficiario dell'aiuto (settore alberghiero della Sardegna), escludendo che si trattasse di un aiuto indiretto. Nel caso di specie la Commissione è anche intervenuta come *amicus curiae*, dinanzi alla Corte di Cassazione, per sostenere la contrarietà di tale soluzione con la disciplina sugli aiuti di Stato. Cfr. in dottrina, SALERNO F. - MACCHI F., *Italian Court Awards Damages to Beneficiaries for Unlawful Implementation of Aid, Court of Appeal of Cagliari of 13 June 2017*, in *Eur. State Aid Law Quarterly*, Volume 17, Issue 2 (2018), pp. 311 ss.

⁶³ Corte giust, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

⁶⁴ Punto 99.

⁶⁵ Cass. Sez I, 19 aprile 2000, n. 5087; Trib. Genova, 11 agosto 2014, n. 2919, Trib. Milano, 22 aprile 2015, n. 5109. Per un commento a tali vicende v. n dottrina C. CELLERINO, *Le azioni nei confronti del beneficiario di aiuti di Stato e i limiti all'effetto diretto "orizzontale" dell'art. 108.3 TFUE: problemi e spunti dalla recente giurisprudenza nazionale (Tribunale di Genova, 11 agosto 2014; Tribunale di Milano, 22 aprile 2015; Corte d'Appello di Genova, 2 luglio 2014)*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2015, pp. 1124. Si veda anche F. BESTAGNO, *Il risarcimento dei danni per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato*; e V. FALCE, *Gli aiuti di Stato e la concorrenza sleale*, entrambi in L. F. PACE (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Wolters Kluwer, 2020, p. 831 ss. e p. 919 ss.; F. FERRARO, *Risarcimento del danno e aiuti alle imprese*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, 2011; p. 271 ss.

⁶⁶ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE 201/104, del 26 novembre 2014 *relativa a determinate norme che regolano le azioni di risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in *G.U.* n. L 349 del 5 dicembre 2014, p. 1 ss.; attuata in Italia con D.lgs. n. 3/2017, in *G.U.* n. 17 del 19 gennaio 2017; e per alcuni spunti ci si permette di rinviare a C. SCHEPISI, *RISARCIMENTO danno antitrust e attuazione della direttiva 104/2014: possibili effetti anche sugli aiuti di Stato?* in *Dir. Un. eur.*, (osser. eur), 4/2017.

L'atteggiamento prudente della Commissione – che si spiega con la difficoltà di desumere direttamente dall'art.108 TFUE obblighi a carico del beneficiario - deriva evidentemente dalla mancanza di ulteriori precisazioni da parte della Corte di giustizia. Quante più azioni saranno intentate a livello nazionale quanto più sarà probabile – come si auspica - che qualche giudice rivolga dei quesiti alla Corte, quanto meno in punto di equivalenza delle norme processuali applicabili per la prova del nesso di causalità o per il reperimento delle prove, aspetto quest'ultimo sul quale peraltro la Comunicazione tace anche in linea generale (v. *infra*).

6. Il principio dell'autonomia procedurale e i suoi limiti.

A prescindere dalle modifiche apportate riguardo ai singoli rimedi attivabili dai privati dinanzi ai giudici nazionali, uno dei più rilevanti elementi di novità della nuova bozza, come innanzi accennato, è quello di dedicare un intero paragrafo (il n. 2.2) al principio dell'autonomia procedurale e ai suoi limiti, i principi di equivalenza ed effettività. Il punto merita qualche riflessione più dettagliata.

Vale infatti subito la pena notare che il riferimento a tali principi viene operato secondo due diversi approcci: il primo, già presente in vari punti anche nella precedente comunicazione, è quello “tradizionale”, declinato in chiave di effettività della tutela fatta valere in giudizio. Infatti, «L'applicazione del diritto nazionale non può comportare l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà per i giudici nazionali di garantire il rispetto dell'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE. Secondo la giurisprudenza degli organi giurisdizionali dell'Unione, la legislazione nazionale applicabile non dev'essere meno favorevole di quella che disciplina situazioni nazionali analoghe ("principio di equivalenza") e non dev'essere strutturata in modo tale da rendere praticamente *impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione* ("principio di effettività")»⁶⁷. L'attenzione è dunque rivolta ai concorrenti – coloro cioè che invocano la violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE - e l'effettività della tutela delle loro posizioni fatta valere in giudizio coincide con l'effettività del diritto dell'Unione europea.

A differenza dell'attuale comunicazione, la nuova bozza aggiunge invece una seconda declinazione del principio dell'autonomia procedurale, che anzi precede per lettura la prima, a titolo di principio introduttivo e generale, e che è posta in chiave di “effettività del diritto dell'Unione europea”. La Commissione precisa infatti che «la Corte di giustizia ha costantemente riconosciuto il principio dell'autonomia procedurale nell'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato. Secondo tale principio, in assenza di una legislazione dell'Unione europea in materia, gli Stati membri sono liberi di scegliere come adempiere ai loro obblighi derivanti dai trattati, a condizione che i mezzi da essi utilizzati non incidano negativamente sulla portata e *sull'effettività del diritto dell'Unione europea*. I giudici nazionali devono quindi adottare misure adeguate, conformemente al loro diritto nazionale, per preservare la corretta attuazione delle norme in materia di aiuti di Stato in mancanza di una decisione della Commissione sulla compatibilità della misura»⁶⁸.

L'accento è dunque posto (solo) sull'effettività del diritto dell'Unione europea e non sull'effettività del diritto (o della sua tutela) fatto valere dal soggetto privato, che evidentemente

⁶⁷ Punto 20.

⁶⁸ Punto 19.

possono anche non coincidere. Il riferimento implicito è, infatti, a tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione di norme processuali interne più favorevoli nei confronti di un soggetto (come il beneficiario di un aiuto) che "subisce" l'applicazione del diritto dell'Unione europea - in termini ad esempio, di prescrizione, decadenza, preclusioni processuali o eccezioni non rilevate nei termini, sospensione dell'efficacia di misure interne di recupero - impedirebbe al giudice di rilevare ad esempio l'illegittimità di una misura nazionale (e quindi l'illegalità di un aiuto), o di ordinare il recupero illegale perché ostacolato da decisioni (amministrative o giudiziali) divenute definitive, ecc.

Il richiamo all'effettività (del diritto dell'Unione europea) è pertanto qui apertamente operato in chiave di *public enforcement*. Una declinazione in questi termini del principio dell'autonomia procedurale è infatti presente nel regolamento di procedura⁶⁹ e nella comunicazione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili⁷⁰. In quest'ultima si legge, per l'appunto, che «l'articolo 16, paragrafo 3, del regolamento di procedura ha codificato i requisiti imposti dal principio di *effettività*. L'obbligo di recupero è soddisfatto solo quando lo Stato membro interessato ha *effettivamente* recuperato l'importo dell'aiuto incompatibile, compresi gli interessi di recupero. Lo Stato membro interessato può scegliere i mezzi per soddisfare il suo obbligo di recuperare gli aiuti, *a condizione che essi rispettino i principi di effettività e di equivalenza*»⁷¹.

Inoltre, come anche riscontrabile in alcuni passaggi dell'attuale Comunicazione, la Commissione va al di là della stretta lettera della giurisprudenza richiamata a sostegno delle sue affermazioni. I punti delle varie sentenze richiamate⁷² si limitano infatti a richiamare i principi di equivalenza ed effettività, quali limiti all'autonomia procedurale agli Stati membri, con l'obiettivo di indurre i giudici nazionali a limitare la portata di talune norme processuali, o addirittura disapplicarle, qualora esse ad esempio impediscano il rispetto di una decisione della Commissione. Costituisce invece un'autonoma iniziativa della Commissione quella di ricordare l'obbligo per gli Stati membri di adempiere ai loro obblighi derivanti dai trattati, per assicurare *l'effettività del diritto dell'Unione europea*, e di precisare che per i giudici *devono adottare misure adeguate per preservare la corretta attuazione delle norme in materia di aiuti di Stato*.

Una tendenza para-normativa della Commissione la si riscontra peraltro anche riguardo a due ulteriori aspetti trattati dalla Commissione nel quadro del principio dell'autonomia procedurale.

Il primo riguarda la giurisdizione. La Commissione, nel premettere che «spetta al sistema giuridico nazionale di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti per i procedimenti relativi alla concessione di aiuti illegali» e ciò comporta anche che gli Stati membri determinino le norme procedurali *dettagliate* che disciplinano tali azioni legali, a condizione che siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. Redatto in questi termini, il passaggio, più

⁶⁹ Reg. (UE) 2015/1589, del 13 luglio 2015, *recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione *sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, 2019/C 247/01), del 23 luglio 2019, in *G.U.* n. C 247, p. 1.

⁷¹ Punti 63 e 64.

⁷² Corte giust., 21 settembre 1983, causa C-205/82, *Deutsche Milchkontor*, punti da 22 a 23; 13 giugno 2002, *Paesi Bassi c. Commissione*, causa C-382/99, punto 90; 11 settembre 2014, causa C-527/12, *Commissione c. Germania*, punti da 39 a 42; 23 gennaio 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, cit., punto 72; 11 novembre 2015, causa C-505/14, *Klausner Holz*, punti da 40 a 41; 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, cit., punto 135.

che dare atto della discrezionalità degli Stati membri di dotarsi (ma anche di non dotarsi) di regole procedurali ad hoc, suona invece come una vera e propria esortazione ad introdurre *norme procedurali dettagliate*⁷³.

Il secondo e ultimo profilo è quello relativo alla legittimazione ad agire⁷⁴. Già nella comunicazione attuale la Commissione aveva evidenziato che i soggetti interessati a far valere una violazione della disciplina sugli aiuti di Stato potevano non coincidere con la stretta cerchia dei concorrenti del beneficiario ma estendersi a tutti coloro che avevano un interesse giuridico sufficiente. Il riferimento era, tuttavia espressamente mirato ad una particolare categoria, cioè ai soggetti legittimati a far valere il pagamento di un tributo – diretto a sostenere un regime di siti di Stato – contrario a specifiche norme del Trattato (anche diverse come quelle relative alla libera circolazione delle merci o della libertà di stabilimento). Inoltre, l'intento appariva prevalentemente quello di evidenziare ai giudici nazionali il collegamento tra tali tipologie di azioni – già comunque previste negli ordinamenti interni – alla disciplina degli aiuti di Stato, con conseguente invito ad applicare anche in tali casi i principi contenuti nella Comunicazione.

Nella nuova bozza tuttavia la Commissione sembra andare ancora oltre. Il principio infatti, appare lo stesso, ma è posto in termini molto più generali, visto anche il richiamo in nota a talune discipline nazionali che consentono di promuovere azioni dinanzi ai giudici nazionali senza alcuna dimostrazione di interessi particolari⁷⁵. La sua redazione desta dunque qualche minima perplessità. È chiaramente da escludere – vista anche l'efficacia non vincolante della Comunicazione - che in presenza di norme procedurali nazionali che subordinano la legittimazione ad agire a precisi requisiti, quanto contenuto nella comunicazione possa produrre particolare effetti. Appare però evidente l'intento della Commissione di estendere quanto più possibile la legittimazione ad agire dei ricorrenti inducendo eventualmente il giudice nazionale ad interpretare in maniera estensiva le proprie norme interne.

Un'ultima notazione riguarda infine il mancato riferimento al regime delle prove⁷⁶. L'attuale Comunicazione del 2009 ricorda infatti che in virtù dei principi di equivalenza ed effettività, la disciplina applicabile (ad esempio in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea) deve anche assicurare una tutela effettiva con riguardo alla raccolta di prove. Qualora per il ricorrente risulti impossibile o eccessivamente difficile la produzione di prove (ad esempio, perché non sono in suo possesso i necessari documenti), il giudice nazionale è tenuto a ricorrere a tutti i mezzi procedurali esistenti nel

⁷³ Punti 27-28. La comunicazione dà conto che «In mancanza di norme specifiche del diritto dell'Unione europea, la costruzione dei sistemi giudiziari degli Stati membri varia notevolmente. Mentre alcuni Stati membri hanno istituito tribunali specializzati in materia di aiuti di Stato, altri hanno assegnato la competenza esclusiva a sezioni dei tribunali esistenti o hanno adottato norme procedurali che chiariscono la competenza dei tribunali nei casi di applicazione delle norme da parte delle autorità pubbliche e dei privati».

⁷⁴ Punti 21-26.

⁷⁵ Al punto 24 si legge: «Tuttavia una persona fisica o giuridica può avere interesse ad adire i giudici nazionali non solo per eliminare la distorsione della concorrenza creata dall'attuazione illegale degli aiuti di Stato. I giudici nazionali devono valutare l'interesse giuridico del ricorrente ad agire, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia stato direttamente inciso dalla distorsione della concorrenza derivante dalla misura di aiuto. Nell'applicare le norme nazionali sulla legittimazione ad agire, i giudici nazionali devono quindi tener conto del loro dovere di tutelare l'interesse di qualsiasi parte che abbia un interesse giuridico sufficiente ad avviare un procedimento». Si veda anche la nota 30.

⁷⁶ Punto 70. Infatti, «le modalità procedurali nazionali che si applicano alle domande di risarcimento danni [ai sensi dell'articolo 108.3 TFUE] non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna disciplina interna».

proprio ordinamento, al fine di per garantire all'interessato l'accesso a dette prove (fra cui quello di ordinare le necessarie misure istruttorie, inclusa, ove sia stabilito dal diritto interno, la produzione di un atto o di un documento ad opera di una delle parti o di un terzo). Il principio è stato espresso nel caso *Laboratoires Boiron*⁷⁷ – vertente su una domanda di rimborso di una tassa versata da un concorrente e da questi ritenuta illegittima in quanto diretta a sovracompendare il beneficiario – ed è di una certa rilevanza, tanto che è stato espressamente disciplinato anche nella direttiva 104/2014 sul risarcimento del danno per le violazioni delle norme sulla concorrenza (artt. 4-5)⁷⁸.

Dispiace dunque che la nuova bozza non ne tenga conto e sarebbe auspicabile, in sede di redazione definitiva, che tale principio sia nuovamente inserito.

7. Segue. Il principio dell'autorità di cosa giudicata: una questione ancora aperta.

Discorso a parte merita infine il riferimento al principio del giudicato, profilo introdotto *ex novo* nella bozza del 2021 (sempre nel paragrafo dedicato ai limiti all'autonomia procedurale), ma già presente – seppur in maniera molto sintetica – nella Comunicazione del 2019 dedicata invece al recupero degli aiuti⁷⁹.

Come noto, la questione del giudicato si è per la prima volta posta con il caso *Lucchini*⁸⁰ ed è stata successivamente affrontata dalla Corte di giustizia secondo diverse angolazioni riproponendosi, con più enfasi, in alcune pronunce più recenti.

La nuova bozza, nel sintetizzare le varie posizioni giurisprudenziali – a loro volta non sempre chiare - lascia tuttavia diversi margini di incertezza.

Innanzitutto la Commissione nel certificare la rilevanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata assume sia per gli ordinamenti nazionali che per l'Unione europea, omette tuttavia di rimarcare che (anche nello specifico ambito degli di Stato) la Corte di giustizia ne ha sempre difeso, in linea di principio, l'intangibilità⁸¹. Tale precisazione sarebbe stata importante alla luce dei successivi passaggi nei quali la Commissione pare invece suggerire che il principio del primato imponga in via generalizzata la disapplicazione di norme nazionali che sanciscono il principio *res iudicata* in tutti i casi di decisioni contrarie al diritto dell'Unione, lasciando dunque al lettore la sensazione che si tratti di una soluzione che a maggior ragione debba applicarsi nella materia degli aiuti di Stato⁸². In realtà il principio del primato non impone affatto – né in via generale né nello specifico settore degli aiuti di Stato – una disapplicazione

⁷⁷ Corte giust., 7 settembre 2006, causa C-526/04 *Laboratoires Boiron*.

⁷⁸ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE 201/104, del 26 novembre 2014 *relativa a determinate norme che regolano le azioni di risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in G.U. n. L 349 del 5 dicembre 2014, p. 1 ss.; attuata in Italia con D.lgs. n. 3/2017, in G.U. n. 17 del 19 gennaio 2017.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione *sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, 2019/C 247/01), cit.

⁸⁰ Corte giust., 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit.

⁸¹ Al punto 29 si legge quanto segue: «Il principio dell'autorità di cosa giudicata stabilisce che le sentenze divenute definitive non possono più essere rimesse in discussione. È il caso in cui sono stati esauriti tutti i diritti di ricorso o sono scaduti i termini previsti per l'esercizio di tali diritti. Il principio dell'autorità di cosa giudicata mira a garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici nonché la buona amministrazione della giustizia, ed è sancito sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea sia negli ordinamenti giuridici nazionali».

⁸² Punto 30.

generalizzata del principio della *res iudicata*. Il caso *Lucchini*⁸³ – che viene richiamato solo in nota – è stato infatti definito dalla Corte come eccezionale⁸⁴.

Solo nel successivo passaggio (punto 31) la Comunicazione procede ad affermare che gli organi giurisdizionali dell'Unione «hanno [inoltre] limitato la portata del principio dell'autorità di cosa giudicata nel campo degli aiuti di Stato». Tale inciso tuttavia non sembra volto a rimarcare l'eccezionalità della disapplicazione di tale principio ma solo a precisare che, nella materia degli aiuti di Stato, «l'autorità di cosa giudicata può [quindi] estendersi solo ai motivi sui quali sia già intervenuta una pronuncia – fatti salvi i requisiti di equivalenza e di effettività – ma non alle questioni che avrebbero potuto essere, ma non sono state sollevate in un ricorso precedente»⁸⁵.

Il riferimento è soprattutto alla sentenza *Klausner*⁸⁶, ove si discuteva dell'effetto - nell'ambito di un giudizio nel quale era stato per la prima volta rilevato che una misura costituisca un aiuto di Stato illegale - di una precedente decisione divenuta definitiva la quale, in violazione dell'articolo 108, par. 3, TFUE, aveva dichiarato la permanenza in vigore di taluni contratti senza verificare se gli stessi istituissero un aiuto di Stato attuato⁸⁷. Nella fattispecie la Corte aveva ritenuto che il giudice nazionale avesse comunque l'obbligo, nel nuovo giudizio, di trarre tutte le conseguenze derivanti dalla violazione dell'art. 108, par. 3 TUE⁸⁸.

Il punto tuttavia più controverso – è l'ultimo: «Il principio del primato del diritto dell'Unione europea impedisce inoltre all'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata di limitare la competenza esclusiva conferita alla Commissione dal TFUE. La circostanza che un giudice nazionale si sia pronunciato su una misura di aiuto di Stato prima che sia intervenuta una decisione della Commissione sulla stessa misura non può impedire a quest'ultima di constatare che la misura in questione costituisce un aiuto di Stato illegale. Ciò vale anche se una tale conclusione era stata precedentemente esclusa da un giudice nazionale di ultimo grado»⁸⁹.

Tale passaggio va collegato con uno di poco successivo (di cui si è detto in precedenza) ove la Commissione ricorda che «la valutazione delle misure di aiuto di Stato da parte della Commissione nelle sue decisioni limita i giudici nazionali nell'esercizio delle loro competenze (cfr. punto 4.1). Le precedenti decisioni della Commissione sono vincolanti per i giudici nazionali, al punto che il giudice nazionale deve seguire la valutazione della Commissione

⁸³ Corte giust., 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit.

⁸⁴ Si vedano ad esempio le sentenze *Fallimento Olimpiclub* (Corte giust., 3 settembre 2009, causa 2/08, punto 25), e 22 dicembre 2010, *Commissione c. Slovacchia*.

⁸⁵ Punto 31

⁸⁶ Corte giust., 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit., punti da 57 a 59; 11 novembre 2015, *Klausner Holz*, cit. punti 30 e da 42 a 43.

⁸⁷ Secondo la Corte «il diritto dell'Unione osta, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, a che l'applicazione di una norma di diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata impedisca al giudice nazionale, il quale abbia rilevato che i contratti oggetto della controversia sottoposti costituiscono un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, attuato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, di trarre tutte le conseguenze di questa violazione a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, divenuta definitiva».

⁸⁸ Come può evincersi, il passaggio della comunicazione si riferisce ad una fattispecie particolare, nella quale la Corte non ha direttamente messo in discussione il giudicato formatosi sulla decisione giudiziale che precedeva il giudizio *a quo*, ma ha chiesto al giudice di non trarre, nel successivo giudizio, le conseguenze contrarie al diritto dell'Unione.

⁸⁹ Punto 32.

sull'esistenza dell'aiuto. Per contro, se un giudice nazionale si pronuncia prima di una decisione della Commissione, tale sentenza non può impedire alla Commissione di esercitare in un determinato momento la competenza esclusiva conferitale dal TFUE (cfr. punto 2.2.3)». In entrambi i punti della Comunicazione la Commissione richiama le sentenze “gemelle” del 4 marzo 2020, *Buonotourist/Commissione* e *CSTP Azienda della Mobilità/Commissione*⁹⁰, con le quali la Corte di giustizia ha confermato la posizione che già aveva assunto il Tribunale⁹¹ e che avevano sollevato un certo dibattito⁹². Dalla lettura delle pronunce non era infatti chiaro se quanto affermato dal Tribunale (e quindi ora dalla Corte) avrebbe dovuto comportare la disapplicazione del principio dell'autorità del giudicato anche nel caso in cui – a differenza del caso Lucchini – la decisione della Commissione fosse intervenuta dopo – e non prima- della sentenza adottata in sede nazionale⁹³.

Nella fattispecie, il Tribunale, aveva precisato che « così come l'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata non può impedire il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e la cui incompatibilità è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva [...], detto principio non può impedire a quest'ultima di constatare l'esistenza di un aiuto di Stato illegale, quand'anche una siffatta qualificazione sia stata disattesa in precedenza da un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza».

Inoltre, le affermazioni contenute nelle due sentenze sembravano presentare elementi di contraddittorietà con altre pronunce della Corte e dello stesso Tribunale (alcune rese nel medesimo periodo) e nelle quali invece sembrava confermata, in linea generale, l'intangibilità del principio della *res iudicata* (salvo casi eccezionali, analoghi alla sentenza *Lucchini*).

Nella sentenza *Centro Clinico e Diagnostico G.B. Morgagni Srl*⁹⁴, ad esempio, il Tribunale sembra aver marcatamente “difeso” il principio della *res iudicata* della decisione con la quale la Commissione tributaria regionale di Palermo aveva ritenuto che gli importi, qualificati dalla Commissione come aiuti di Stato illegali ed incompatibili, non dovessero essere

⁹⁰ Corte di giustizia, 4 marzo 2020, causa C-586/18 P, *Buonotourist c. Commissione*, punti da 92 a 96; *CSTP e causa C-587/18 P, Azienda della Mobilità/Commissione*, punti da 92 a 96.

⁹¹ Trib., 11 luglio 2018, cause T-185/15, *Buonotourist c. Commissione*; e T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*. Nella fattispecie il Consiglio di Stato aveva riconosciuto la legittimità della pretesa avanzata da talune imprese campane e volta ad ottenere misure di compensazione per obblighi di pubblico servizio accordate da disposizioni legislative (Consiglio di Stato, 27 luglio 2009, nn. 4683/09 e 4684/09). La misura era stata notificata dallo Stato italiano (dicembre 2012) all'indomani della decisione resa in ottemperanza dal Consiglio di Stato (27 novembre 2012). La Commissione, dopo aver qualificato tale misura come aiuto illegale (in quanto erogata prima della sua approvazione) aveva pertanto avviato nel 2014 la procedura di indagine formale per poi adottare nel 2015 la sua decisione finale. Una vicenda sostanzialmente analoga – questa volta riguardante imprese di trasporto locale nella Regione Piemonte - era stata decisa sempre dal Tribunale, in data 29 novembre 2018 (Trib., 29 novembre 2018, causa T-720/16, *ARFEA*. Ancor più fermamente il Tribunale precisa che: «più precisamente dalla sentenza del 18 luglio 2007, *Lucchini* [...] risulta che il principio dell'autorità di cosa giudicata della sentenza di un organo giurisdizionale nazionale non può costituire un ostacolo all'esercizio, da parte della Commissione, delle sue competenze esclusive di controllo della compatibilità degli aiuti di Stato. È pertanto necessario, in ogni caso, respingere la censura della ricorrente relativa alla violazione del principio dell'autorità di cosa giudicata (punti 68-71)

⁹² Per un commento si rinvia a G. GRECO, *Il rapporto particolare tra gli aiuti di Stato e il giudicato*, in *Eurojus.it*, 4 settembre 2018, nonché a C. SCHEPISI, *L'autonomia del giudice nazionale e il principio del giudicato nella materia degli aiuti di Stato: un tentativo di approccio coerente e sistematico*, in *DUE*, 2019.

⁹³ I casi suddetti evidentemente differivano dalla vicenda da cui aveva tratto origine la sentenza *Lucchini*. La stessa procedura di indagine era stata avviata in epoca posteriore rispetto alla definizione del giudizio in sede nazionale.

⁹⁴ Trib., 26 gennaio 2018, causa T-172/16, *Centro Clinico e Diagnostico G.B. Morgagni Srl*.

recuperati. Secondo il Tribunale «*quest'ultima [la sentenza] è passata in giudicato, conferendo alla ricorrente un diritto quesito di beneficiare della misura di cui trattasi*»⁹⁵.

Anche nel più noto caso *Commissione c. Slovacchia*⁹⁶, la Corte, pur ritenendo che la Slovacchia non avesse adottato tutte le necessarie misure per il recupero degli aiuti incompatibili, ha difeso l'intangibilità del giudicato oramai formatosi sulle decisioni interne. La Corte ha tuttavia e in ogni caso voluto differenziare la vicenda da quella del caso Lucchini, evidenziando che il giudicato non si era formato sulle decisioni di rigetto delle domande di recupero (attivate dallo Stato in esecuzione della decisione della Commissione e impugnate dal beneficiario), ma su sentenze intervenute *prima* della decisione di recupero, e rese in accoglimento delle richieste da parte delle imprese di beneficiare delle misure di aiuto⁹⁷.

Dalla sentenza *Zweckverband*⁹⁸, emergerebbe invece che la decisione negativa della Commissione debba prevalere sulla pronuncia del giudice nazionale passata in giudicato (e di accoglimento dei ricorsi dei beneficiari avverso la domanda di recupero dell'aiuto). Nella fattispecie, tuttavia, a differenza del caso Lucchini, la Commissione aveva avviato la procedura di indagine formale prima del passaggio in giudicato della sentenza mentre la sua decisione finale di recupero era stata adottata posteriormente⁹⁹.

L'orientamento giurisprudenziale recente, riportato in estrema sintesi nella bozza di Comunicazione, potrebbe dunque essere sintetizzato nel seguente modo:

i) il principio della *res iudicata* sarebbe disapplicato qualora la sentenza è contraria ad una precedente decisione negativa della Commissione, divenuta definitiva (*Lucchini*);

ii) nel caso in cui invece la decisione della Commissione sia successiva al passaggio in giudicato della sentenza del giudice nazionale, le conseguenze dovrebbero invece essere teoricamente le seguenti: a) la decisione successiva della Commissione prevale sul passaggio in giudicato della sentenza se l'avvio della procedura sull'aiuto illegale sia avvenuto comunque

⁹⁵ Punto 73. Tuttavia, il ragionamento nel quale si inserisce l'affermazione del Tribunale è finalizzato (solo ed esclusivamente) alla valutazione della ricevibilità del ricorso e, nello specifico, della legittimazione ad agire del ricorrente. Secondo il Tribunale, infatti, il ricorrente risulta individualmente interessato dalla decisione della Commissione (e quindi legittimato ad agire) poiché egli non è qualificabile come un beneficiario "potenziale", ma «fa parte di una cerchia ristretta di imprese, perfettamente identificabili al momento dell'adozione della decisione impugnata». La formazione del giudicato interno assume dunque rilievo, unitamente ad altri elementi, solo al fine di differenziare la posizione del ricorrente rispetto a quella di altri beneficiari. Il Tribunale non focalizza invece la sua attenzione sulle sorti del giudicato.

⁹⁶ Corte giust., 22 dicembre 2010, *Commissione c. Slovacchia*, cit.

⁹⁷ La differenza tra una sentenza di accoglimento di una domanda per ottenere le misure di aiuto e il rigetto di una domanda volta al recupero del *quantum* già erogato, è evidenziata dal Tribunale anche nella sentenza *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, al fine di "giustificare" nel secondo caso l'inopponibilità del giudicato interno alla decisione della Commissione.

⁹⁸ Trib., 14 luglio 2014, causa T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*.

⁹⁹ La vicenda non era dunque del tutto speculare né a quella oggetto della sentenza *Lucchini* (perché in quel caso, come già detto più volte, la decisione di recupero era anteriore alla sentenza), e né a quella che ha dato origine ai recenti casi decisi dal Tribunale (perché l'indagine formale era stata avviata posteriormente alla sentenza del giudice nazionale). Il differente ambito (in termini di procedimento) nel quale si collocano le enunciazioni della Corte e del Tribunale e le diverse finalità per le quali esse sono state rese può dunque fornire qualche elemento per spiegare la visibile contraddittorietà tra le une e le altre. Non è, ad esempio, irrilevante il fatto che l'enunciazione indiscutibilmente più ferma, in termini di disapplicazione del giudicato, sia stata resa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale e a seguito di una domanda *ad hoc* rivolta dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia (ci riferiamo al caso *Lucchini*). Un utile raffronto potrebbe caso mai essere effettuato con la sentenza *Klausner*, anch'essa resa a seguito di un rinvio pregiudiziale (ove si discuteva dell'effetto di una decisione passata in giudicato nell'ambito di un successivo giudizio nel quale era stato per la prima volta rilevato che la misura costituiva un aiuto di Stato illegale).

prima della definizione del giudizio nazionale¹⁰⁰; b) l'autorità del giudicato sarebbe viceversa fatta salva se: 1) il giudicato si sia formato sulla legittimità della concessione della misura e non sul rigetto della domanda di recupero; 2) tutta la procedura, compresa anche la decisione di avvio della procedura di indagine formale, si collochi in un periodo successivo alla sentenza del giudice nazionale¹⁰¹.

Restano tuttavia evidenti elementi di incertezza e che attengono in particolare all'esecuzione della decisione della Commissione (e dunque al recupero dell'aiuto). Da un lato, infatti - ferma restando la competenza esclusiva della Commissione e la sua legittimazione ad avviare la procedura di controllo anche laddove si sia previamente formato un giudicato nazionale - quest'ultimo dovrebbe teoricamente non subire conseguenze sul piano interno, quanto meno nei casi in cui i giudici nazionali adottino la loro decisione *prima* che la Commissione avvii la procedura di indagine (non solo dunque prima della decisione finale).

Dall'altro, una volta affermata la legittimità della decisione adottata dalla Commissione anche dopo la formazione di un giudicato in sede nazionale, non può che essere legittimo anche l'ordine di recupero ivi incluso.

L'inevitabile conseguenza sarebbe tuttavia quella di estendere la portata della sentenza *Lucchini*, oltre le sue reali intenzioni, e cioè in tutte le ipotesi in cui il giudice nazionale, anche in assenza di una decisione della Commissione, abbia ad esempio (solo) errato nella qualificazione di una misura come aiuto di Stato (ed evidentemente non si sia avvalso del meccanismo del rinvio pregiudiziale). Il principio affermato in *Lucchini* dovrebbe invece continuare ad essere circoscritto alle ipotesi che effettivamente presentino, rispetto a tale caso, reali analogie fattuali e procedimentali¹⁰², come sembrerebbe d'altra parte essere confermato dalla sentenza *Commissione c. Slovacchia*, nella quale la Corte aveva ben rimarcato che «la pronuncia giurisdizionale dotata di forza di giudicato di cui si avvale la Repubblica slovacca è anteriore alla decisione con cui la Commissione ha imposto il recupero dell'aiuto controverso»¹⁰³.

Alla luce di tutto ci sembra quindi che la questione non sia definitivamente risolta e che forse ad essa la nuova Comunicazione dedichi troppo poco spazio per poter quanto meno e realmente raggiungere lo scopo che si è prefissata, e cioè quella di informare con chiarezza e nel dettaglio i giudici nazionali.

¹⁰⁰ Trib., 14 luglio 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, cit. e Corte giust., 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, cit.

¹⁰¹ Corte giust., 22 dicembre 2010, *Commissione c. Slovacchia*, cit., e 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, cit.

¹⁰² Va infatti precisato che la soluzione raggiunta nel caso *Lucchini* non si è fondata (solo) sulla violazione da parte del giudice nazionale della competenza esclusiva alla Commissione, ma ha fatto principalmente leva sul contrasto tra la decisione nazionale coperta dal giudicato e la precedente decisione della Commissione anch'essa divenuta definitiva. In tal senso cfr. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit. Ci si permette inoltre di rinviare a C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale effettiva*, Torino 2012, pp. 330 ss. Inoltre tale decisione non era stata impugnata, dinanzi al giudice dell'Unione, dal beneficiario che pure sarebbe stato legittimato a farlo. Il ricorrente aveva dunque anche negligenemente evitato di attivare i rimedi giurisdizionali predisposti dall'ordinamento dell'Unione europea. Cfr. anche A. BIONDI, *Case C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA, Formerly Lucchini Siderurgica SpA, Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 18 July 2007, 2007 (ECR) I-6199*, in *Com. Market Law Rev.*, 2008, pp. 1459 ss., P. NEBBIA, *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 427.

¹⁰³ Punti 56 e 57.

8. Brevi conclusioni.

La nuova bozza, di ben 36 pagine, si presenta come particolarmente dettagliata, in sintonia con l'evoluzione della giurisprudenza nel frattempo intervenuta. In alcuni casi il documento ricostruisce abbastanza fedelmente i principi tratti dalla giurisprudenza. In altri invece si evidenzia ancora una certa tendenza para-normativa della Commissione. Si tratta in ogni caso di un documento non vincolante e dunque il giudice rimane libero di trarre direttamente da altre fonti i principi applicabili alla materia

Appare in ogni caso certamente notevole lo sforzo di sistematizzazione della giurisprudenza, anche se rimangono delle zone d'ombra derivanti dal mancato consolidamento di principi da parte della stessa Corte di giustizia o dall'estrema sinteticità di alcuni passaggi contenuti in alcune delle pronunce richiamate.

Data la quantità e complessità dei principi giurisprudenziali sinteticamente richiamati – o che in alcuni casi sono stati rielaborati – ci si potrebbe dunque chiedere in quale misura, nonostante la chiarezza redazionale, i giudici nazionali siano in grado con immediatezza di trarre dalla Comunicazione le linee guida per il loro operato senza avere l'esigenza di analizzare e confrontare nel dettaglio la mole di giurisprudenza richiamata. Taluni principi che vengono estrapolati dalla giurisprudenza rischiano di non essere di immediata comprensione o potrebbero richiedere, da parte dei giudici nazionali un notevole sforzo ricostruttivo.

Le osservazioni svolte conducono tutte a rilevare una ancor più marcata affermazione del ruolo della Commissione, dei doveri (e limiti) dei giudici nazionali, e del loro rilievo ai fini di un efficace *enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato.

Al di là delle modifiche che verranno certamente apportate a correzione dei passaggi meno chiare o per reintrodurre profili presenti nell'attuale comunicazione del 2009 e invece omessi nella nuova bozza, resta dunque in ogni caso rimarcata l'importanza del ruolo del giudice nazionale e la sua responsabilità nel destreggiarsi correttamente tra regole nazionali e disciplina europea. Per qualunque dubbio però, il giudice sa che di poter sempre contare sull'ausilio della Corte di giustizia.