



## ***Public e private enforcement* nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia**

DI CRISTINA SCHEPISI \*

Sommario: Introduzione. – 2. L’evoluzione del *public* e del *private enforcement* nei due settori. Brevi cenni. 3. Diritto antitrust e aiuti di Stato: convergenze, autonomia e complementarità *del private e il public enforcement*. - 4. La “contaminazione” tra i principi di *private enforcement* e i principi di *public enforcement* nel settore antitrust. 5. - La “contaminazione” di principi tra il *private enforcement antitrust* e il *private enforcement* negli aiuti di Stato. - 6. *Private enforcement antitrust vs public enforcement* negli aiuti di Stato. -7. Uno sguardo al presente e al futuro? Mercati digitali, emergenza sanitaria, nuove proposte. – 8. Uno sguardo conclusivo: circolarità di principi tra il diritto della concorrenza e altri settori: il dialogo tra la Corte di giustizia e la Corte Costituzionale.

### **1. Introduzione**

Nel settore della concorrenza le questioni sottese al rapporto tra *public* e *private enforcement* hanno da sempre notevolmente impegnato la giurisprudenza e la dottrina, sia in riferimento al settore antitrust che riguardo alla materia degli aiuti di Stato<sup>1</sup>.

---

\* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. Il presente contributo costituisce una rielaborazione della relazione presentata nell’ambito dell’incontro di Studi “*Competition Policy and enforcement in Digital Markets*” svoltosi all’Università europea di Roma in data 21 settembre 2021, nell’ambito del progetto *DiCl – Digital Markets and Competition Law, Interdisciplinary Project for European Judges co-funded by the European Commission - DG Competition*.

<sup>1</sup> *Ex multis*, B. NASCIBENE-A. DI PASCALE (a cura di), *The modernization of State Aid for Economic and Social Development*, Berlino 2018; P. MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, 2017; R. MASTROIANNI-A. ARENA (a cura di) *60 Years of EU Competition Law Stocktaking and Future Prospects*, ES, 2017; L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Wolters Kluwer, 2020; F. ROSSI DAL POZZO, *Il private enforcement delle regole sugli aiuti di Stato nella giurisprudenza italiana*, in *Eurojus*, 2019; G.A. BENACCHIO – M. CARPAGNANO, (a cura di), *Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell’Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*; P. PIVA, *Giudice nazionale e aiuti alle imprese tra public e private enforcement*, Bari 2018; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell’Unione europea e*

L'*enforcement* delle norme sulla concorrenza è, come tutti sanno, demandato da un lato all'attività della Commissione (e delle autorità nazionali per quanto riguarda il settore *antitrust*<sup>2</sup>) e, dall'altro, all'iniziativa dei soggetti privati dinanzi ai giudici nazionali. Mentre la finalità sottesa al *public enforcement* è quella di tutelare la concorrenza nel mercato attraverso l'accertamento di comportamenti adottati dalle imprese in violazione delle regole europee e nazionali, scopo del *private enforcement* è quello di garantire ai soggetti privati (siano essi imprese o consumatori) la tutela giurisdizionale dei diritti eventualmente lesi da comportamenti anticoncorrenziali.

*Public* e *private enforcement* si atteggiano, come noto, in maniera notevolmente differente nei due ambiti concorrenziali, in ragione delle distinte finalità e dei diversi soggetti direttamente contemplati dalle norme del TFUE: le imprese da un lato (con riferimento agli artt. 101 e 102 TFUE) e gli Stati membri dall'altro (con riferimento agli artt. 107 e 108 TFUE). Mentre nel primo caso sono gli operatori privati ad essere direttamente destinatarie di obblighi e di diritti, nel secondo, invece, è in capo allo Stato che grava il rispetto di precisi obblighi positivi e negativi (obbligo di notifica e *standstill* ai sensi dell'art. 108 par. 3 TFUE). La diversa struttura delle norme nei due settori produce conseguenze anche sull'azionabilità in giudizio dei diritti lesi. Nel diritto antitrust il diritto di invocare giudizialmente la violazione delle regole sulla concorrenza costituisce infatti un corollario dell'efficacia diretta *orizzontale* degli artt. 101 e 102 TFUE. Negli aiuti di Stato, invece, l'efficacia (solo) verticale dell'art. 108, par. 3 TFUE consente ai soggetti privati (generalmente i concorrenti) di far valere direttamente la violazione del Trattato solo nei confronti dello Stato e non direttamente del beneficiario. Costui, infatti, non è destinatario di alcun obbligo di fonte europea e può essere eventualmente soggetto ad azioni di risarcimento del danno solo in applicazione del proprio diritto nazionale<sup>3</sup>.

Seppur con modalità distinte, ambedue i sistemi – *public* e *private* – concorrono nei rispettivi due ambiti (*antitrust* e aiuti di Stato) all'effettiva applicazione e rispetto delle norme sulla concorrenza poste dal TFUE e anzi, riprendendo un orientamento costante della Corte di giustizia, sono certamente complementari tra loro.

La giurisprudenza più recente mostra peraltro come tale complementarietà si riveli sempre più marcata. Alcuni casi portati all'attenzione della Corte di giustizia evidenziano, inoltre, una "contaminazione" tra i vari sistemi di *enforcement* dovuta ad una (virtuosa) circolarità di principi dall'uno all'altro. In alcune ipotesi si tratta di "esperimenti" riusciti, in altre solo di tentativi. Il differente esito non è certamente fortuito ma risente delle peculiarità dei vari sistemi di *enforcement* che, a seconda delle diverse circostanze consentono la "trasmigrazione" di principi da un ambito all'altro, mentre in altri la impediscono.

I confini non sono in ogni caso rigidi. La sensazione è che la loro progressiva definizione così come l'evoluzione dei contenuti e delle modalità avvenga in maniera sempre più rapida, frutto certamente di un'evoluzione più matura del sistema di *enforcement* – in particolare del

---

la direttiva 2014/104, Giuffré, 2015; C. FRATEA, *Il Private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, ESI, 2015; M. FRIGGESSI DI RATTALMA- P. DE CESARI (a cura di), *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato*, ES, 2013; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Giappichelli 2012; IDEM, (a cura di), *La modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*; Giappichelli, 2011; F. ROSSI DAL POZZO – B. NASCIBENE (a cura di), *Il Private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffré 2009.

<sup>2</sup> Riguardo alle condotte *antitrust*, se da un lato l'art. 105 TFUE, prevede che la Commissione vigili perché siano applicati i principi fissati dagli artt. 101 (divieto di intese restrittive) e 102 (divieto di abuso di posizione dominante), dall'altro, tale controllo avviene «senza pregiudizio dell'art. 104 TFUE» e cioè fatti i salvi i poteri delle autorità degli Stati membri di decidere in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato.

<sup>3</sup> Corte giust., 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express International (SFEI)* e a. Pur non essendo destinatario di obblighi puntuali ricordiamo tuttavia che su di lui grava comunque un onere di diligenza, in forza del quale egli non può giuridicamente opporsi ad un eventuale ordine nazionale di recupero di un aiuto illegale (e/o anche incompatibile), concesso cioè in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE.

*private* – che induce i giudici nazionali a rivolgere alla Corte di giustizia domande sempre più circostanziate.

Il presente contributo, dopo aver preliminarmente illustrato le principali fasi e caratteristiche del *public e private enforcement* nei due settori, antitrust e aiuti di Stato, intende dunque dar conto dell'evoluzione giurisprudenziale e delle circolarità di principi tra l'uno e l'altro settore, così come da un sistema di *enforcement* all'altro, non senza svolgere qualche riflessione sulle implicazioni che su tale sistema, globalmente considerato, produrrà il processo di digitalizzazione, peraltro accelerata dall'attuale crisi sanitaria e socio-economica.

## **2. L'evoluzione del *public e del private enforcement* nei due settori. Brevi cenni**

Nell'ambito di ciascuno dei due settori il rapporto tra i due sistemi di *enforcement* ha conosciuto una propria evoluzione, dovuta non solo all'intervento del legislatore europeo ma anche alle numerose pronunce della Corte di giustizia. Molte delle norme contenute nei regolamenti e nelle direttive sono frutto infatti della codificazione dei principi oramai consolidati. Nel tempo ambedue i sistemi si sono progressivamente rafforzati ed un punto certamente comune ai due settori, antitrust e aiuti di Stato, è il rilievo più recente, ma sempre più marcato, assunto del *private enforcement* rispetto al *public enforcement*<sup>4</sup>.

Riguardo al settore antitrust l'evoluzione dell'*enforcement* delle norme del Trattato può essere sintetizzata in quattro distinte fasi. La prima, quella più antica, trova la sua espressione nel Reg. 17/62 ed è, come tutti sanno, caratterizzata da un accentramento delle competenze nelle mani della Commissione. Quest'ultima mantiene infatti una competenza esclusiva riguardo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, TFUE (allora artt. 85 TCE, par. 3), e alla concessione di esenzioni mediante il meccanismo della notifica individuale<sup>5</sup>.

La seconda fase – che coincide con l'adozione del Reg. 1/2003<sup>6</sup> – è forse quella storicamente più importante. Si assiste infatti ad una rivoluzione nei rapporti tra il controllo a livello europeo e quello a livello nazionale. Al decentramento di alcuni poteri alle autorità e ai giudici nazionali – e in particolare alla possibilità di constatare, ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE, l'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 101, par. 1 TFUE – fa eco il rafforzamento di altri poteri in mano alla Commissione (e di riflesso delle autorità nazionali) tra i quali quelli di controllo, indagine e di sanzione. Si tratta di una vera e propria “modernizzazione” delle regole sulla concorrenza. L'importanza delle azioni dinanzi ai giudici nazionali è oramai crescente, potendo anche questi ultimi applicare integralmente l'art. 101 TFUE, incluso il par. 3, fino a quel momento riservato alla competenza esclusiva della Commissione. Tuttavia, vertendo su aspetti di *public enforcement*, il Reg. 1/2003, dedica ai giudici nazionali solo l'art. 16, ove viene codificato l'obbligo per il giudice nazionale di rispettare le decisioni della Commissione, frutto dell'orientamento giurisprudenziale espresso nelle sentenze *Delimitis*<sup>7</sup> e *Masterfoods*<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Nel settore degli aiuti di Stato le azioni promosse da soggetti privati delle norme da parte di soggetti privati, benché aumentato è ancora notevolmente scarso. Si rinvia al *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>

<sup>5</sup> Durante (ma soprattutto alla fine di) tale fase, inizia a delinearsi – attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia (rinvii pregiudiziali promossi dai giudici nazionali) – il ruolo del giudice nazionale per la tutela dei diritti dei soggetti privati. Sempre a tale fase appartiene l'istituzione delle autorità nazionali per la tutela della concorrenza L. 287/90.

<sup>6</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102] TFUE*, in *G.U.* n. L 1, p. 2003, p. 1.

<sup>7</sup> Corte giust., 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*.

<sup>8</sup> Corte giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*.

È la terza fase invece quella integralmente caratterizzata dal rafforzamento del *private enforcement* e del ruolo del giudice nazionale. Con la Direttiva n. 104/2014<sup>9</sup> vengono introdotte norme di armonizzazione delle regole processuali nazionali con l'obiettivo principale di incrementare le azioni di risarcimento del danno, rafforzando al contempo i poteri dei giudici nazionali e rendendo più agevole il reperimento delle prove da parte delle imprese ricorrenti<sup>10</sup>. Una delle finalità sottese alla direttiva è inoltre, e senz'altro, quella di evitare una "concorrenza sleale" tra ordinamenti. Le imprese sarebbero infatti più incentivate a stabilirsi in un ordinamento dove i meccanismi di risarcimento sono più farraginosi e dunque meno efficienti, a tutto loro vantaggio<sup>11</sup>.

Il principio cardine del nuovo impianto normativo è, come noto, l'affermazione del diritto ad un pieno risarcimento<sup>12</sup>, con il divieto tuttavia di una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura<sup>13</sup>. La direttiva – che ha impatto sia sulle azioni *stand alone*, che su quelle *follow-on* – contiene norme particolarmente dettagliate circa il potere del giudice di ordinare a terzi l'esibizione di prove non reperibili dall'attore e circa la possibilità per quest'ultimo di accedere alle prove contenute nel fascicolo di indagine eventualmente aperto dall'autorità nazionale. Inoltre, al fine di agevolare le azioni di *follow-on* dinanzi ai giudici nazionali, l'art. 9 della direttiva introduce il principio secondo cui le decisioni adottate dall'autorità nazionale vincolano *iuris et de iure* il giudice, quanto all'accertamento dell'illecito, ferma restando invece la verifica in sede giudiziale del nesso di causalità e del danno<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Art. 3. La direttiva non disciplina tuttavia tutti gli aspetti relativi al risarcimento del danno. Non interviene ad esempio sulla legittimazione ad agire (che è comunque estesa a «chiunque abbia subito un danno»). Non riguarda le azioni di classe (raccomandazione del 2013). Resta escluso anche la questione della quantificazione del danno del risarcimento (apposito atto della Commissione - Comunicazione sulla quantificazione del danno); i provvedimenti cautelari. Nonché tutte le regole per la composizione transnazionale delle controversie che restano disciplinate dalla Regole sulla giurisdizione e riconoscimento sentenze (reg. Bruxelles nell'ultima versione del 2012). Regole sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 1) ed extracontrattuali (Roma 2). Restano inoltre ferme, ovviamente, tutte le regole processuali generali – in quanto non ricomprese nell'ambito di applicazione della direttiva – vigenti in ogni singolo ordinamento. Il principio dell'autonomia processuale è tuttavia temperato come noto dal principio di equivalenza e di effettività.

<sup>11</sup> V. il Considerando n. 3): «per una piena efficacia degli art. 101 e 102 TFUE, ed in particolare per realizzare l'effetto concreto dei divieti da essa previsti» e il Considerando n. 6): «evitare divergenze fra le norme applicabili, che potrebbero compromettere il corretto funzionamento del mercato interno».

<sup>12</sup> Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage & Crehan*; 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*.

<sup>13</sup> Cfr. in dottrina, F. CASOLARI, *Diritto a un pieno risarcimento*, in P. MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.; C. MASSA, *il Divieto di risarcimenti punitivi nella direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2018, pp. 321.

<sup>14</sup> Cfr. *ex multis.*, F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D. LG. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 208, pp. 1207 ss.; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2016, pp. 999 ss.; G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, R. CHIEPPA, *Coordination between Private and Public Antitrust Enforcement in Italy and in the EU. Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement*; entrambi in G.A. BENACCHIO -M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*; G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017; B. NASCIBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (direttiva 2014/14/UE)*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it).

La quarta ed ultima fase è infine, quella che vede l'adozione della Direttiva 1/2019<sup>15</sup>, con la quale vengono rafforzati i poteri delle autorità nazionali e migliorato il coordinamento tra esse e la Commissione. Gli obiettivi della direttiva sono di provvedere ad un'ulteriore armonizzazione delle regole di applicazione delle norme antitrust e del loro *enforcement*<sup>16</sup>.

A differenza del settore antitrust, la materia degli aiuti di Stato è, invece, più marcatamente caratterizzata dall'aspetto del *public enforcement*, con un ruolo preminente della Commissione. Il tenore letterale dell'art. 108 TFUE esclude infatti che la competenza (esclusiva) attribuita alla Commissione in merito alla valutazione di compatibilità degli aiuti, possa essere affiancata da una parallela ed analoga competenza delle autorità nazionali sul modello *antitrust*<sup>17</sup>.

Una prima ragione dell'accentramento del potere di controllo in mano alla Commissione è da ricercarsi nel fatto che il settore degli aiuti di Stato costituisce, per usare un'espressione della Commissione, «una delle pietre angolari della realizzazione del mercato interno, come emergerebbe in particolare dalla struttura dell'art. 87 CE e dalla giurisprudenza della Corte»<sup>18</sup>.

Una seconda ragione è che tale materia si caratterizza per valutazioni economiche molto complesse, fortemente legate all'andamento dei mercati e «atte a modificarsi rapidamente»<sup>19</sup> in quanto condizionate dalla varietà degli obiettivi da perseguire in diverse aree territoriali o nei vari momenti storici.

Essendo rimaste immutate nel tempo le regole di cui agli artt. 107 e 108 TFUE, la disciplina sugli aiuti di Stato continua dunque a ruotare intorno al binomio Commissione-Stato. Nonostante la continua evoluzione del settore, e il crescente coinvolgimento delle parti private, la competenza a valutare la compatibilità di un aiuto resta pertanto preclusa ai giudici nazionali. In una risalente sentenza, la Corte ha, infatti, ribadito che «l'art. 92 del Trattato [...] non è direttamente efficace» sicché «i singoli non possono [...] in forza del solo art. 92, contestare la compatibilità di un aiuto con il diritto comunitario avanti ai giudici nazionali, né chiedere a

---

<sup>15</sup> Direttiva 2019/1/UE dell'11 dicembre 2018, *che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, in G.U. n. L. 11 del 14 gennaio 2019, p. 3 ss.

<sup>16</sup> Per approfondimenti cfr. in dottrina, S. MARINO, *Il rafforzamento dell'azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza: un nuovo impulso dall'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2029, pp. 536 ss.

<sup>17</sup> Va solo segnalato che la Commissione aveva formulato una proposta, diretta agli Stati membri, circa la creazione nell'ambito dei loro ordinamenti di autorità indipendenti incaricate di svolgere varie funzioni quali il controllo della correttezza e completezza delle notifiche, l'accertamento e il controllo sul recupero a titolo provvisorio di aiuti concessi illegalmente, il controllo sull'esecuzione delle decisioni negative della Commissione (cfr. LEVELLS *Final Report, 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level*). Tale proposta è stata vista con favore da parte della dottrina (cfr., ad esempio, J.D. BRAUN-J.KÜHLING, *Article 87 EC and the Community Courts: From revolution to evolution*, in *Com. Market Law Rev.*, 2008, pp. 465 ss.). Mentre autorità di questo genere sono state istituite nei paesi di nuova adesione, la proposta non ha viceversa trovato favore nell'ambito dei Paesi membri di antica data. Le motivazioni sono molteplici. Innanzitutto, tenuto conto del mantenimento in capo alla Commissione della competenza esclusiva sulla valutazione di compatibilità di un aiuto con il mercato, la creazione di un'autorità indipendente nella materia degli aiuti di Stato avrebbe sicuramente posto delle problematiche in termini di rapporti tra le decisioni adottate dalla Commissione e quelle dell'organo nazionale. Inoltre, a differenza dell'autorità *antitrust*, competente ad intervenire nel caso di condotte illecite dei privati, un'autorità per gli aiuti di Stato crea delle interferenze tra poteri e competenze dei diversi organi dello Stato.

<sup>18</sup> Corte giust., 17 novembre 2011, causa C- 496/09, *Commissione c. Italia*. Anche la Corte rammenta «il carattere fondamentale delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, e in particolare di quelle relative agli aiuti di Stato, che sono espressione di uno dei compiti fondamentali affidati all'Unione europea [...] tale carattere fondamentale discende dall'art. 3, n. 3, TUE, ossia l'instaurazione di un mercato interno, nonché dal protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza V. anche Corte giust., 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Italia*, punto 27).

<sup>19</sup> Corte giust., 22 marzo 1977, *Steinike*, cit.

questi ultimi di pronunciarsi, in via principale od incidentale, su un'eventuale incompatibilità»<sup>20</sup>.

I giudici nazionali, per contro, «provvedono alla salvaguardia dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica degli aiuti di Stato alla Commissione previsto dall'art. 88, n. 3 CE»<sup>21</sup>. La violazione, da parte dello Stato membro, del duplice obbligo – disposto dall'art. 108, par. 3 TFUE – di notifica di ogni nuova misura di aiuto alla Commissione, e di sospensione dell'erogazione dell'aiuto in attesa dell'autorizzazione da parte della stessa istituzione (c.d. clausola di “*stand-still*”), può infatti essere invocata in giudizio dai soggetti privati che ne subiscano gli effetti pregiudizievoli<sup>22</sup>.

L'intervento del giudice nazionale trova ancor di più la sua *ratio* nel fatto che la Commissione è, in caso di mera violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE, priva del potere di ordinare il recupero di un aiuto solo perché illegale (e non anche incompatibile<sup>23</sup>) e dunque il giudice è l'unico organo in grado di intervenire prontamente per elidere gli effetti nocivi dell'erogazione dell'aiuto.

Trattandosi di norme rivolte agli Stati, la Commissione non ha inoltre poteri sanzionatori.

L'introduzione di adeguati meccanismi sanzionatori nei confronti degli Stati membri era stata peraltro auspicata anche da parte della dottrina, per lo meno riguardo alla mera concessione di aiuti illegali<sup>24</sup>. L'esistenza di siffatti meccanismi indurrebbe certamente gli Stati a ricorrere maggiormente alla notifica degli aiuti soprattutto in caso di dubbio sulla natura stessa dell'aiuto<sup>25</sup>. Ma l'obiezione è che forme di sanzione allo stato attuale non esistono neppure nel

---

<sup>20</sup> Corte giust., 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike und Weinlig c. Repubblica federale di Germania*, punti 8-10.

<sup>21</sup> Corte giust., 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express International (SFEI)* e a.; 21 ottobre 2003, cause riunite C- 261/01 e C-262/01, *van Calster e a*; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*; 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV CV c. Gemeente Rotterdam*; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, 15 settembre 2016, causa C-574/14, *PGE*.

<sup>22</sup> Con l'accezione *private enforcement* dell'art. 108, par. 3 TFUE ci si riferisce alla possibilità per i singoli di avvalersi dinanzi al giudice nazionale dei rimedi processuali più utili ai fini della cessazione di tale violazione, del ripristino dello *status* concorrenziale *quo ante* o della riparazione dei danni subiti. La prematura erogazione di un aiuto è idonea, infatti, già di per sé ad alterare le condizioni concorrenziali del mercato e dunque suscettibile di ledere la posizione giuridica soggettiva del concorrente.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> P. NICOLAIDES, *Control of State Aid in the European Union*, in *World Comp.*, 2002, pp. 249 ss.

<sup>25</sup> La Commissione non aveva inizialmente escluso in sede di revisione del reg. 659/99, la possibilità di avviare la procedura di infrazione ai sensi degli artt. 258 e 260 TFUE anche nelle ipotesi di mera violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE. Una previsione del genere si sarebbe scontrata con quanto da sempre affermato dalla Corte (sentenza 14 febbraio 1990, *Francia c. Commissione (Boussac)*) circa l'esclusione di tale potere in capo alla Commissione. Questioni potrebbero inoltri 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. 659/99, oppure di avviarle entrambe. È infatti evidente che se l'aiuto (illegale) appare *prima facie* incompatibile, la Commissione sarà 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, par. 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. È dunque solo in caso di indagini complesse e di presumibile lunga durata della procedura di indagine formale che avrebbe senso l'avvio di una procedura di infrazione.

caso di aiuti illegali che siano anche incompatibili. Il recupero dell'aiuto, infatti, lungi dal costituire una sanzione, è la conseguenza automatica della sua incompatibilità (ed illegalità) mirando piuttosto a ripristinare lo *status* (concorrenziale) *quo ante*.

Anche sotto questo profilo, è dunque marcata la differenza tra il sistema di controllo degli aiuti di Stato rispetto a quello, parallelo, sulla corretta applicazione da parte delle imprese delle norme antitrust. Mentre in presenza di condotte statali, la Commissione può infatti solo limitarsi a domandare alla Corte l'imposizione di una penalità o di una somma forfettaria (e solo nell'ambito della procedura di infrazione avviata sulla base dell'art. 260 TFUE), gli artt. 101 e 102 TFUE, in quanto rivolte alle imprese, consentono invece alla Commissione di far largo uso dei suoi poteri sanzionatori<sup>26</sup>.

Il rafforzamento del ruolo del giudice nazionale è perciò apparso nel contesto degli aiuti di Stato, ancora più indispensabile. Tale è stato l'obiettivo della Comunicazione del 2009 *relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*<sup>27</sup>, adottata nel quadro dello *State Aid Action Plan*<sup>28</sup>, e che illustra quali sono i rimedi azionabili dai soggetti lesi dalla violazione della disciplina sugli aiuti di Stato e chiarisce i poteri del giudice nazionale in rapporto a quelli della Commissione. Il documento sarà sostituito a breve da una nuova Comunicazione – attualmente in fase di bozza e di consultazione – molto più dettagliata e corposa<sup>29</sup>.

### **3. Diritto antitrust e aiuti di Stato: convergenze, autonomia e complementarità del *private* e il *public enforcement***

Con riferimento ad entrambi i due settori, la Corte di giustizia ha sempre rimarcato l'*autonomia* delle funzioni del giudice nazionale rispetto a quelle della Commissione (o delle autorità nazionali). Pur restando distinti, i rispettivi ruoli sono tuttavia *complementari*. Ma qual è effettivamente – e in estrema sintesi – il grado di autonomia e di complementarità tra l'uno e l'altro sistema di *enforcement*? E con quali differenze nei due settori del diritto della concorrenza?

L'evoluzione della giurisprudenza e degli interventi legislativi dimostra come, in entrambi i casi, al rafforzamento dei poteri del giudice nazionale e in generale del suo ruolo, fa da contraltare un ruolo più incisivo anche della Commissione e, dunque del *public enforcement*, con contestuale esigenza di un coordinamento particolarmente stretto tra la Commissione e i giudici nazionali.

L'*autonomia* del giudice – che pur tuttavia chiaramente sussiste – viene dunque progressivamente perimetrata e delimitata in negativo (quello che non può fare) con la precisazione di specifici obblighi.

Il dovere di rispettare le decisioni della Commissione (e dunque di non giungere a risultati contraddittori) è il primo e principale obbligo al quale sono tenuti i giudici nazionali sia nell'uno che nell'altro settore, rappresentando il collante tra *public* e *private enforcement*. In caso

---

<sup>26</sup> Nell'ambito di quest'ultimo, le sanzioni hanno effettivamente la finalità di reprimere e di punire gli illeciti commessi, nonché quella di prevenire il ripetersi o il sorgere di nuovi comportamenti anticoncorrenziali (Trib., 5 aprile 2006, T-279/02, *Degussa AG c. Commissione*). Anche infrazioni già cessate possono pertanto essere sanzionate (Corte giust., 15 luglio 1970, causa 41/69, *Acf Chemiafarma*). Si veda a tal proposito l'art. 7 del reg. n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, cit.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> *State Aid Action Plan, Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009*, Bruxelles, 7 giugno 2005, COM(2005)107 final.

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (draft, gennaio 2021)*, reperibile al seguente indirizzo: [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021\\_sa\\_enforcement\\_notice/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_sa_enforcement_notice/index_en.html)

contrario ne andrebbe infatti della tenuta del sistema (generale) di *enforcement* ed anche la sua coerenza. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia è un'affermazione costante e risalente nel tempo. Ma da una generica affermazione di tale obbligo sono tuttavia discesi con il tempo una serie di corollari. Un primo e generale esempio, anch'esso di antica data, è l'impossibilità, per il giudice nazionale, di rimettere in discussione la validità di una decisione qualora quest'ultima non sia stata impugnata entro il termine dei due mesi previsto dall'art. 263 TFUE, da un soggetto che sarebbe stato "indiscutibilmente" legittimato a farlo<sup>30</sup> (ad esempio il beneficiario di un aiuto individuale a differenza dei beneficiari nell'ambito di regimi generali). Si tratta in tal caso di un principio espresso dalla Corte di giustizia nel settore degli aiuti di Stato e poi diventato un principio generale riguardo al rapporto tra l'azione di annullamento e il rinvio pregiudiziale di validità regime delle impugnazioni.

In epoca più recente, inoltre, la Corte ha ulteriormente circoscritto l'ambito di autonomia del giudice, precisando, ad esempio, riguardo gli aiuti di Stato, che il giudice nazionale è vincolato anche alle decisioni che avviano il procedimento di indagine (e dunque non solo a quelle finali)<sup>31</sup>, se non altro quanto alla definizione dell'aiuto di Stato (fermo restando la libertà del giudice nazionale di sollevare il rinvio pregiudiziale). In maniera simile, nel settore *antitrust*, la Corte ha ritenuto che le decisioni di accettazioni di impegni contengono una valutazione preliminare della Commissione e impongono ai giudici nazionali di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo alla luce dell'articolo 101, par. 1 TFUE<sup>32</sup>.

Ricordiamo che proprio al fine di evitare decisioni contraddittorie, la Commissione ha previsto, in entrambi i settori dei meccanismi di coordinamento e di informazione reciproca e la possibilità, per la stessa Commissione, di formulare dei pareri su richiesta dei giudici nazionali e di intervenire come *amicus curiae* nei giudizi nazionali<sup>33</sup>.

Se entrambi i sistemi di *enforcement* si caratterizzano per una progressiva compressione dell'autonomia del giudice in ragione del vincolo di rispettare le decisioni della Commissione (con tutti gli ulteriori corollari), il grado di tale autonomia è tuttavia divergente nei differenti contesti, e tale elemento produce conseguenti implicazioni anche sul distinto livello di "complementarietà", tra sistema di *public* e di *private enforcement*, a seconda che lo si guardi nella prospettiva *antitrust* o degli aiuti di Stato.

Nel settore *antitrust*, i due sistemi di *public* e *private enforcement*, consentono sia ai giudici che alla Commissione di accertare direttamente la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Giudici nazionali e Commissione esercitano pertanto "competenze parallele", seppur ovviamente con natura, funzioni e strumenti assai differenti (e conseguenze diverse in capo ai soggetti privati, sanzionatorie o risarcitorie). È dunque più in tale settore che potrebbero prodursi (almeno fisiologicamente) delle decisioni contraddittorie. Ed è esattamente per tali motivi che il giudice, al fine di evitare la produzione di decisioni confliggenti, dovrebbe

---

<sup>30</sup> Corte giust., 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD*.

<sup>31</sup> Corte giust., 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*.

<sup>32</sup> Corte giust. 27 novembre 2019, causa C-547/16, *Gasorba*. Secondo la Corte «i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE». Cfr. In dottrina cfr. B. RABAI. *La conclusione de procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra Public e Private enforcement*, in *Dir. Amm.*, 2028, pp. 165 ss.

<sup>33</sup> Comunicazione della Commissione *relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (2004/C 101/04)* in *G.U.* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 54; Comunicazione della Commissione *relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, cit.



opportunamente sospendere il suo giudizio (adottando eventualmente misure provvisorie), in attesa della decisione della Commissione<sup>34</sup>. L'esercizio parallelo delle reciproche competenze è inoltre alla base dell'introduzione di alcuni meccanismi di coordinamento tra il *public* e il *private enforcement*, tra i quali, *in primis* l'obbligo, da parte del giudice nazionale, di rispettare le decisioni dell'autorità nazionale nelle azioni *follow-on*<sup>35</sup>, nonché le preclusioni operanti in materia di prova nel caso di soggetti convenuti nell'ambito di azioni risarcitorie e contestualmente coinvolti in un *leniency programme*<sup>36</sup>.

Per contro, nel settore degli aiuti di Stato, le competenze del giudice e della Commissione sono – come si è innanzi ricordato – completamente differenti: l'una diretta ad accertare (in via esclusiva) la compatibilità di un aiuto e l'altra volta a rilevare la violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE e trarne le dovute conseguenze in termini di tutela dei privati. Come precisato dalla Corte, i rispettivi ruoli sono infatti «*distinti ma complementari*»<sup>37</sup>.

Poiché il rischio di una sovrapposizione tra i due giudizi è sostanzialmente minimo (ed essenzialmente circoscritto ad una diversa valutazione della misura quale aiuto di Stato), le competenze del giudice e della Commissione sono dunque (o dovrebbero essere) effettivamente svolte in sostanziale autonomia l'una dell'altra<sup>38</sup>. Ne è prova il fatto che il giudice *non* è infatti tenuto – a differenza di quanto invece accade nel settore antitrust – a sospendere il giudizio nazionale in pendenza del procedimento avviato dinanzi alla Commissione<sup>39</sup>. Un eventuale differimento del suo giudizio vanificherebbe inoltre (*i*) sia l'unicità del suo ruolo, in quanto unico soggetto deputato a rilevare la mera illegalità dell'aiuto e a trarne le dovute conseguenze, e sia (*ii*) la necessità che egli adotti rapidamente dei provvedimenti.

Va tuttavia ricordato che ad una fisiologica autonomia di giudizio, in ragione della diversa competenza del giudice rispetto a quella della Commissione, si contrappone tuttavia una reazione decisamente più severa nel caso di situazioni patologiche, quelle cioè in cui il giudice abbia adottato sentenze in spregio ad una decisione della Commissione che dichiara un aiuto illegale ed incompatibile (e che sia divenuta definitiva). La gravità della violazione è infatti tale da far venire meno, in alcune circostanze, anche il principio della *res iudicata*<sup>40</sup>.

In ragione del diverso grado di autonomia del giudice, anche la “complementarietà” del sistema di *private* rispetto a quello di *public enforcement* assume, come si diceva, un significato assai differente nei due contesti.

Si osservi infatti come, nel settore antitrust, da un'iniziale subordinazione del *private enforcement* al *public*, e dunque dalla complementarietà del primo al secondo, si è più recentemente giunti ad una “complementarietà” dei due sistemi per l'effettività delle regole della concorrenza<sup>41</sup>. Tale concetto è stato ben riassunto, alla luce della giurisprudenza della

<sup>34</sup> Corte giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*.

<sup>35</sup> Art. 9 della Direttiva 2014/104, cit. Su tale aspetto v. anche *supra*, in testo e in nota.

<sup>36</sup> Artt. 6 e 7 della Direttiva 2014/104, cit.

<sup>37</sup> Corte giust., 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express International (SFEI)* e a., cit., punto 41; 21 ottobre 2003, *van Calster e a.*, cit., punto 47; 5 ottobre 2006, *Transalpin*, punto 37.

<sup>38</sup> Corte giust., 22 marzo 1977, *Steinike*, cit.; 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaire*. Una divergenza di posizioni potrebbe verificarsi in merito all'interpretazione della nozione stessa di aiuto o alla definizione di aiuto nuovo o esistente. In caso di dubbio, tuttavia, il giudice nazionale ha sempre a disposizione il rimedio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Corte giust., 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*; 29 giugno 1999, causa C-256/97, *DMT*).

<sup>39</sup> Corte giust. 11 marzo 2010, causa C-1/09, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*, , punti 31 ss.; ordinanza 4 aprile 2014, causa C-27/13, *Flughafen Lübeck*, punto 30.

<sup>40</sup> Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-392/04, *Lucchini*. Ci si permette sul punto di rinviare 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 *Dir. Un. eur.*, 4/2018.

<sup>41</sup> Cfr. per alcuni spunti., P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorr. mercato*, 2014, p. 75 ss.

Corte di giustizia, dall'AG Pitruzzella nelle sue Conclusioni al caso *Consiliul Concurenței*<sup>42</sup> laddove lo stesso ricorda che il coordinamento tra le modalità di *enforcement* «si pone l'obiettivo di stimolare una interazione virtuosa, in modo da perseguire lo scopo comune dell'applicazione effettiva del diritto della concorrenza»<sup>43</sup> e che «il diritto di chiunque di richiedere il risarcimento del danno derivante da una condotta anticompetitiva «rafforza (...) il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione (...) contribuendo in tal modo al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione europea», e che dunque private e public *enforcement* in ragione della loro «stretta complementarietà» sono entrambi «funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico a un'effettiva e libera concorrenza nel mercato unico», confermando pertanto quanto già espresso in estrema sintesi dall'AG Wahl nella caso *Skanska*: «il *public enforcement* e il *private enforcement* sono complementari e costituiscono parti composite di un insieme»<sup>44</sup>.

Negli aiuti di Stato, invece il ruolo del giudice nazionale benché concentrato sulla tutela dei diritti dei concorrenti lesi da una misura di aiuto illegittima, rimane funzionale e quasi servente rispetto al *public enforcement*, rappresentando il giudice quasi una *longa manus* della Commissione. In assenza di poteri sanzionatori e coercitivi nei confronti degli Stati membri, l'*enforcement* da parte dei privati dell'art. 108, par. 3 TFUE può infatti – a maggior ragione – rappresentare un utile strumento per indurre gli Stati ad adempiere agli obblighi del Trattato e dissuaderli dalla concessione di aiuti illegali.

#### **4. La “contaminazione” tra i principi di *private enforcement* e i principi di *public enforcement* nel settore antitrust**

Svolti questi brevi cenni sulle peculiarità e sulle convergenze o divergenze tra i sistemi di *public* e *private enforcement*, nei due settori, concorrenza e aiuti di Stato, quel che si osserva è che tali sistemi, nonostante la diversa struttura, non si mostrano tra loro impenetrabili. Appare invece affermarsi progressivamente – grazie anche ai rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali e, per il tramite di questi, della Corte di giustizia – una “contaminazione” più o meno intensa tra i vari ambiti.

Partendo dal settore *antitrust* un esempio recente può essere tratto dal caso *Skanska*, deciso dalla Corte di giustizia con sentenza del marzo 2019<sup>45</sup>. In quell'occasione la Corte ha chiarito che il principio dell'imputabilità della responsabilità di un'infrazione in capo ad una società che ha assorbito quella che ha commesso l'infrazione, quando quest'ultima ha cessato di esistere e che si fonda su una giurisprudenza sviluppata nel contesto dell'imposizione delle ammende da parte della Commissione<sup>46</sup>, poteva essere spendibile anche nell'ambito di un'azione risarcitoria civile<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Conclusioni del 3 settembre 2020, Causa C-308/19, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*.

<sup>43</sup> Punto 60.

<sup>44</sup> Così le Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa *Skanska* (causa C-724/17, punto 80).

<sup>45</sup> Corte giust., 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska*, sulla quale in dottrina, *ex multis*, I. DE ANGELIS, *Il principio di continuità economica nel private enforcement e il suo impatto sulla compliance antitrust*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato* (Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019); S. CINQUE, *IL principio della continuità economica e la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il caso Skanska (C-724/17): quale impatto sul private enforcement?* In *Riv. Regol. Mercati*, 2020, C. KERSTING, *Private Law Liability of the Undertaking Pursuant to Art. 101 TFEU* (August 20, 2019), in *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 2019; J. HENNAH, *The role of “undertakings” in private law following Skanska*, in *Global Competition Litigation Review* 2019, Vol. 12 n° 2; T. SIAKKA, *Case C-724/17 Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions: Transposition of the Concept of an ‘Undertaking’ into Civil Damages Actions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 8, 2019.

<sup>46</sup> Art. 23, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, cit. V. Corte giust., 5 dicembre 2013, causa C-448/11 P, *SNIA c. Commissione*, punto 25.

<sup>47</sup> Punto 40.

In ambito sanzionatorio, e quindi nell'ambito del *public enforcement* è oramai giurisprudenza consolidata quella secondo cui non è incompatibile con il principio della responsabilità personale il fatto di imputare la responsabilità di un'infrazione a una società che ha operato l'assorbimento, poiché l'acquirente subentra nelle posizioni attive e passive della società assorbita<sup>48</sup>. Ma la «nozione di «impresa»<sup>49</sup>, ai sensi dell'articolo 101 TFUE, è una nozione autonoma del diritto dell'Unione «e dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche»<sup>50</sup>. Non può dunque – come appunto precisato dalla Corte – «avere una portata diversa nel contesto dell'imposizione, da parte della Commissione, di ammende ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 e in quello delle azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione»<sup>51</sup>.

Poiché le azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione «costituiscono parte integrante del sistema di applicazione delle regole di concorrenza»<sup>52</sup> ne consegue che «se le imprese responsabili del danno provocato da un'infrazione alle regole di concorrenza dell'Unione potessero sfuggire alla loro responsabilità per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa, l'obiettivo perseguito da tale sistema nonché l'effetto utile delle suddette regole sarebbe compromesso»<sup>53</sup>. Infatti «il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere il risarcimento del danno garantisce la piena efficacia dell'art. 101 TFUE»<sup>54</sup> ed «è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza, contribuendo quindi al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione»<sup>55</sup>.

L'effettività del diritto dell'Unione europea, e nello specifico delle norme sulla concorrenza, richiede dunque un approccio unitario.

La questione affrontata dal caso *Skanska* non è peraltro rimasta isolata. Muovendo sempre dalla teoria dell'*unità economica* – ai fini della nozione di *impresa* ai sensi dell'art. 101 TFUE – in un ulteriore caso ancora pendente<sup>56</sup> è in discussione addirittura l'ipotesi di estendere la responsabilità risarcitoria anche ad una società controllata nel caso in cui a commettere l'illecito

---

<sup>48</sup> Punto 40. V. anche Corte giust., 5 dicembre 2013, *SNIA c. Commissione*, cit. Cfr. in dottrina, P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, 2020, pp. 331 ss.; M. BOTTA, *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?*, in *Mark. Comp. Law Rev.*, 2019, p. 171 ss.; P. MANZINI, *Rethinking the Parental Liability for Antitrust Infringements*, in *Dir. Un. Eur.*, 2016, p. 709 ss.; F. GHEZZI-M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Riv. società*, 2014, pp. 1060 ss.; E. GAMBARO-F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, pp. 329 ss.

<sup>49</sup> Corte giust., 27 aprile 2017, causa C-516/15, *Akzo Nobel NV e a. c. Commissione*; 20 gennaio 2011, causa C-90/09, *General Química e a. c. Commissione*; 1 luglio 2010, causa C-407/08, *Knauf Gips c. Commissione*; 14 dicembre 2006, causa C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*.

<sup>50</sup> Punto 37

<sup>51</sup> Punto 47.

<sup>52</sup> Punto 45.

<sup>53</sup> Punto 46; v., per analogia, Corte giust., 11 dicembre 2007, *ETI e a.*, causa C-280/06, punto 41.

<sup>54</sup> Punto 43.

<sup>55</sup> Punti 44-46. V. anche Corte giust., 5 giugno 2014, *Kone e a.*, causa C-557/12, punto 23.

<sup>56</sup> Si tratta del caso *Sumal*, causa C-882/19.

sia invece la controllante<sup>57</sup>. La questione sta sollevando un certo dibattito<sup>58</sup>. Da un lato, al fine di preservare l'uniformità dell'*enforcement* delle regole sulla concorrenza, la Corte ha inteso procedere, con il caso *Skanska*, verso una maggiore armonizzazione delle regole procedurali interne – al di là, pertanto, del dettato della direttiva 104/2014 – attraverso l'applicazione di nozioni uniformi che non devono avere una portata diversa nel contesto sanzionatorio o risarcitorio. Dall'altro, la trasposizione della teoria dell'*unità economica* nel caso *Sumal* è suscettibile di produrre un impatto maggiormente dirompente con i principi generalmente riconosciuti nelle tradizioni civilistiche degli Stati membri e che si fondano sulla responsabilità personale. Sarebbe quindi indispensabile – come anche correttamente evidenziato nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale, che «la condotta della società controllata sul mercato interessato dal comportamento illecito della società controllante [abbia] contribuito in modo sostanziale alla realizzazione dell'obiettivo perseguito con tale comportamento e alla materializzazione degli effetti dell'infrazione»<sup>59</sup>.

In senso inverso, un altro esempio recente può invece offrire lo spunto per riflettere sulla “esportazione” dei principi applicabili in materia di *private enforcement* nell'ambito del *public*.

Si tratta del caso *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*<sup>60</sup> che ha riguardato la possibilità di estendere, alla prescrizione per l'irrogazione delle sanzioni da parte dell'Autorità della concorrenza nazionale, i principi operanti per le azioni risarcitorie. La domanda rivolta alla Corte dal giudice rumeno era infatti diretta a sapere se «l'interpretazione restrittiva di una norma come l'articolo 62 citato, secondo cui l'ultimo atto che può interrompere la prescrizione è la formale apertura del procedimento di indagine dal parte del Presidente dell'Autorità della concorrenza, possa avere l'effetto di pregiudicare l'effettiva applicazione dell'articolo 101 TFUE, violando così il principio di effettività come limite all'autonomia procedurale degli Stati membri e il principio di leale collaborazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE».

Come osservato dall'Avvocato Generale Pitruzzella, la Corte aveva già ritenuto, nel precedente caso *Cogeco*<sup>61</sup> – vertente sul diritto a proporre un'azione risarcitoria per i danni subiti da una condotta anticoncorrenziale – che «una normativa nazionale la quale, da un lato,

---

<sup>57</sup> Nelle sue Conclusioni, presentate il 15 aprile 2021, l'Avvocato Generale Pitruzzella ha infatti ricordato che «l'esercizio da parte della prima di un'influenza determinante sulla seconda, cui corrisponde la mancanza di autonomia di comportamento sul mercato di quest'ultima, che si limita in sostanza a seguire le direttive impartite dall'alto [...] Per altro verso, nella giurisprudenza si ritrovano altresì diversi elementi che militano nel senso di ritenere che sia l'esistenza stessa di un'unità economica a determinare la responsabilità della società madre per i comportamenti anticoncorrenziali della controllata. La Corte ha più volte sottolineato che la formale separazione tra due entità, conseguente alla loro personalità giuridica distinta, non esclude l'unità del loro comportamento sul mercato e, pertanto, che esse costituiscano un'unità economica, vale a dire un'unica impresa, ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza» (punti 33 e 34). Ne deriva che «se il fondamento della responsabilità congiunta della società madre e della controllata è l'unità economica che agisce come un'unica impresa nel mercato, allora non ci sono ragioni logiche per escludere che l'attribuzione di responsabilità possa avvenire non solo seguendo un processo ascendente, come è avvenuto nei casi fin qui decisi dalla Corte, ma anche seguendo un processo discendente. Se la responsabilità congiunta si fonda sull'unità di azione nel mercato, tutte le parti che compongono quell'unità potranno, in presenza di determinate condizioni, essere chiamate a rispondere del comportamento anticoncorrenziale materialmente posto in essere da una di esse» (punto 38).

<sup>58</sup> Tra i primi commenti v. A. LOPEZ, *Advocate General holds that subsidiaries can be held liable for the anticompetitive conduct of the parent companies (Case C-882/19 – Sumal)*, in *Kluwer Competition Law Blog*, April 15, 2021; M.S. FERRO, *Op-Ed: “Sumal (C-882/19): Skanska 2.0 – descending and lateral liability in the economic unit”*, in *EU Law Live*, 16 Aprile 2021; C. HERRERO SUAREZ, *Liability of the Subsidiary for damages derived for antitrust infringements of the parent company is the principle of effectiveness of European Law at Stake?*, in *Heinonline*, 14 gennaio 2021; B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, in *GRUR International*, 00(0), 2021, 1–13.

<sup>59</sup> Punto 77 delle Conclusioni.

<sup>60</sup> Corte giust., 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*.

<sup>61</sup> Corte giust., 28 marzo 2019, causa C-637/17, *Cogeco Communications*.

prevede che il termine di prescrizione in materia di azioni per il risarcimento del danno sia di tre anni e inizi a decorrere dalla data in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del suo diritto al risarcimento, anche se l'autore della violazione non è noto e, dall'altro, non prevede alcuna possibilità di sospensione o interruzione di tale termine durante un procedimento dinanzi ad un'autorità nazionale garante della concorrenza» è contraria all'articolo 102 TFUE e al principio di effettività.<sup>62</sup> Di fatto, in applicazione di tale normativa il termine di prescrizione «iniziava a decorrere indipendentemente dal fatto che alla persona lesa fossero o meno note l'identità del responsabile e l'entità complessiva dei danni»<sup>63</sup>. Sempre in riferimento al caso *Cogeco*, la Corte aveva inoltre precisato che «una normativa nazionale che stabilisce la data a partire dalla quale inizia a decorrere il termine di prescrizione, la durata e le condizioni di sospensione o interruzione dello stesso deve essere adattata alle specificità del diritto della concorrenza», il quale richiede «di norma una complessa analisi fattuale ed economica»<sup>64</sup>.

Muovendo dalla «stretta complementarietà» dei sistemi di *public* e *private enforcement* – in quanto «entrambi funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico a un'effettiva e libera concorrenza nel mercato unico» – l'AG Pitruzzella aveva proposto alla Corte di ritenere i principi espressi nel caso *Cogeco* pienamente applicabili anche nel caso *Consiliul Concurenței*<sup>65</sup>. Fondando la propria argomentazione sul principio di effettività, ed invitando il giudice nazionale ad interpretare la normativa interna «quanto più possibile, alla luce del diritto dell'Unione e, in particolare, delle norme di tale ordinamento in materia di concorrenza»<sup>66</sup>, la Corte ha effettivamente fornito una decisione in stretta linea di continuità con la sentenza *Cogeco*, richiamata per analogia<sup>67</sup>.

##### **5. La “contaminazione” di principi tra il *private enforcement* antitrust e il *private enforcement* negli aiuti di Stato**

Ferme restando le possibili “contaminazioni” tra *private* e *public enforcement* nell'ambito di uno stesso settore (nei casi appena trattati il settore antitrust), una circolarità di principi la si può apprezzare anche tra il sistema di *enforcement* antitrust e quello nel settore degli aiuti di Stato.

Considerato l'ambito del *private enforcement*, occorre ricordare, come si è già visto, come esso non abbia raggiunto il medesimo grado di efficacia e diffusione nei vari settori della concorrenza. A differenza del settore antitrust, non esiste infatti, negli aiuti di Stato, una

---

<sup>62</sup> Punto 55.

<sup>63</sup> Punto 54.

<sup>64</sup> Punto 56, e punto 46 della sentenza *Cogeco Communications*.

<sup>65</sup> Punti 57 e 62.

<sup>66</sup> Punti 57-58

<sup>67</sup> Ai punti 51 e 52. Nello specifico, la Corte ha precisato che «Occorre altresì tener conto delle peculiarità dei casi in materia di diritto della concorrenza e in particolare del fatto che tali casi richiedono di norma una complessa analisi materiale ed economica (v., per analogia, sentenza del 28 marzo 2019, *Cogeco Communications*, C-637/17, EU:C:2019:263, punto 46). Pertanto, una normativa nazionale che stabilisce la data a partire dalla quale inizia a decorrere il termine di prescrizione, la durata di tale termine e le condizioni di sospensione o interruzione dello stesso deve essere adattata alle peculiarità del diritto della concorrenza e agli obiettivi dell'attuazione delle norme di tale diritto da parte degli interessati, in modo da non pregiudicare la piena efficacia delle norme del diritto in materia di concorrenza dell'Unione (v., per analogia, sentenza del 28 marzo 2019, *Cogeco Communications*, C-637/17, EU:C:2019:263, punto 47)». Conseguentemente «un regime nazionale di prescrizione che, per motivi ad esso inerenti, osti in modo sistemico all'irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive per infrazioni al diritto dell'Unione in materia di concorrenza è atto a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione delle norme di tale diritto. [...] Una siffatta interpretazione restrittiva della normativa nazionale, che vieta in maniera assoluta l'interruzione del termine di prescrizione con atti adottati successivamente nell'ambito dell'indagine, appare idonea a compromettere l'effettiva attuazione da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza, delle norme del diritto in materia di concorrenza dell'Unione, in quanto tale interpretazione potrebbe presentare un rischio sistemico di impunità per i fatti che integrano infrazioni a tale diritto» (punti 53 e 56).

disciplina diretta ad armonizzare e regole processuali in materia di risarcimento del danno. Nonostante la Commissione europea da tempo insista da tempo sul rafforzamento del *private enforcement*<sup>68</sup>, le azioni di risarcimento del danno restano comunque scarse. Una delle ragioni principali è da ricercarsi nella difficoltà di dimostrare, oltre all'entità del danno subito, soprattutto il nesso di causalità tra la violazione e il danno (anche a causa della severità di alcune normative nazionali). Peraltro, rispetto ad un'azione di risarcimento del danno per violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, la prova del nesso di causalità sconta una difficoltà ulteriore. Nel settore degli aiuti di Stato, la dimostrazione del nesso di causalità potrebbe infatti essere duplice ed includere sia (i) il nesso tra l'erogazione dell'aiuto e il comportamento tenuto dal soggetto sul mercato (*upstream causation*), che (ii) il nesso diretto tra tale comportamento e il danno subito dal concorrente (*downstream causation*)<sup>69</sup>.

Ora, come è noto, in assenza di una disciplina a livello di Unione europea vige il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri temperato dai due principi di equivalenza e di effettività. Secondo una consolidata giurisprudenza, le norme interne in materia di prova non debbano rendere eccessivamente difficile, o impossibile, la dimostrazione dell'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione della norma il danno lamentato (principio di effettività)<sup>70</sup>.

Nel più circoscritto ambito degli aiuti di Stato, e in riferimento alla difficoltà di reperire le prove (seppur non nel contesto di un'azione risarcitoria) la Corte si è invece espressa nel caso *Laboratoires Boiron*<sup>71</sup>. La Corte, fondandosi sul principio di equivalenza ha ritenuto, nel caso di specie, che qualora un soggetto non sia in grado, al fine di ottenere il rimborso di una tassa facente parte di un regime di aiuti incompatibile, di provare il vincolo di destinazione tra la tassa corrisposta e l'aiuto a terzi soggetti, il giudice è tenuto a ricorrere a tutti i mezzi procedurali a disposizione del proprio ordinamento tra cui quello di ordinare le necessarie misure istruttorie, inclusa la produzione di un atto o di un documento ad opera di una delle parti o di un terzo.

I principi di equivalenza ed effettività sono stati poi richiamati nella citata Comunicazione del 2009<sup>72</sup>. In virtù di tali principi, la disciplina applicabile in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea non solo non deve escludere la responsabilità per il lucro cessante<sup>73</sup> né pregiudicare la quantificazione del danno<sup>74</sup>, ma 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 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

---

<sup>68</sup> Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, cit.

<sup>69</sup> Tali aspetti sono ben messi in luce da M. HONORÉ-N. E. JENSEN, *Damages in State Aid Cases*, in *Eur. St. Aid. Law Quart.*, 2011, pp. 265 ss. Ed è in particolare il nesso di causalità *sub (i)* a doversi solitamente fondare su elementi non in possesso del concorrente (come, ad esempio, i documenti contabili), ma necessari per provare che in assenza di un aiuto il beneficiario non avrebbe potuto tenere un dato comportamento sul mercato (ad esempio prezzi sottocosto).

<sup>70</sup> Corte giust., 5 marzo 1996 cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*; 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Konle*; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*.

<sup>71</sup> Corte giust., 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron*. Nella specie si discuteva dell'impossibilità per il ricorrente di dimostrare l'esistenza di una sovra compensazione a favore di un'impresa che offriva un servizio di interesse economico generale.

<sup>72</sup> 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»

<sup>73</sup> Punto 49.

<sup>74</sup> Punto 51.

di una delle parti o di un terzo). Il principio espresso nel caso *Laboratoires Boiron* – 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 – viene dunque richiamato anche nel contesto di un’azione risarcitoria.

Ebbene, il suddetto principio – espresso dalla giurisprudenza e poi ribadito nella Comunicazione – è esattamente il medesimo al quale fa riferimento proprio l’art. 5 della direttiva 104/2014<sup>75</sup>, nell’ulteriore – e distinto – contesto di un’azione risarcitoria per violazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Il fatto che tale principio – estrapolato alle azioni di rimborso di tasse versate in esecuzione di un aiuto illegale – sia stato “codificato” in una norma di diritto derivato, adottata peraltro in un settore diverso (anche se contiguo, come l’antitrust), dimostra come il principio abbia assunto valenza generale, quanto meno per ciò che concerne il reperimento delle prove nel contesto di un procedimento giudiziale in materia di diritto della concorrenza (intesa nel senso più ampio)<sup>76</sup>.

Inoltre, la trasposizione di tale principio in una disposizione *ad hoc* – seppur in un settore contiguo – produce certamente un impatto ulteriore ai fini degli aiuti di Stato. La necessità «di ricorrere agli strumenti di diritto interno laddove esistenti», sottolineata dalla Corte nella sentenza *Laboratoires Boiron*, è infatti espressione del principio di “equivalenza”. Ebbene, anche qualora l’applicazione del principio espresso nella sentenza *Laboratoires Boiron* si dovesse circoscrivere a casi strettamente analoghi (prova di una sovra compensazione), il giudice nazionale potrebbe (o dovrebbe) comunque far leva – in forza del principio di equivalenza – su una disposizione *ad hoc* – ora esistente nell’ordinamento interno<sup>77</sup> – al fine di applicare tale principio anche nel contesto delle azioni risarcitorie in materia di aiuti di Stato. Si aggiunga inoltre che l’art. 5 della direttiva circonda di una serie di cautele il potere di esibizione di prove alle parti e a terzi. Ed è ulteriormente sotto tale profilo che il principio di equivalenza assumerebbe maggior rilievo<sup>78</sup>.

Quel che comunque appare è che, almeno per quanto riguarda le modalità procedurali nel contesto dell’azione risarcitoria i principi applicabili in uno dei due contesti (antitrust e aiuti di Stato) – per via della giurisprudenza della Corte o per introduzione da parte del legislatore in

---

<sup>75</sup> E ulteriormente riprodotto nell’art. 3 del decreto di attuazione.

<sup>76</sup> Per una illustrazione più ampia di tali considerazioni 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.*, 4/2017.

<sup>77</sup> Art. 5 della direttiva e art. 3 del decreto di attuazione.

<sup>78</sup> Ciò che renderebbe ulteriormente (e concretamente) operante tale disposizione anche nel settore di aiuti di Stato, senza limitarlo “solo” a un principio generico, è proprio l’indicazione dettagliata di riserve e cautele finalizzate a circoscrivere l’ordine di esibizione di prove e documenti a quanto necessario, a valutare la proporzionalità della richiesta e a bilanciarla con l’esigenza di tutela della riservatezza di talune informazioni. L’art. 5 prevede, infatti, che vi sia una richiesta motivata (par. 1); che la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove siano definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile (par. 2); che la divulgazione sia proporzionata sulla base degli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati (par. 3). I giudici devono inoltre valutare: a) in quale misura la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove; b) quali siano la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati; e c) se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate. Ulteriori previsioni sono infine contenute nei successivi parr. da 4 a 7 (potere di ordinare la divulgazione delle prove che contengono informazioni riservate ove ritenute rilevanti; tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati; diritto per coloro ai quali è chiesta la divulgazione di essere sentiti prima dell’ordine di divulgazione). Da ultimo, l’art. 7 (art. 6 del decreto) rafforza ulteriormente il contenuto dell’art. 5 (e 3 del decreto) introducendo il potere del giudice nazionale di comminare sanzioni alle parti e terzi che violino le previsioni indicate (non rispettando l’ordine di esibizione delle prove, o distruggendo queste, o violando gli obblighi posti a tutela della riservatezza delle informazioni, ecc.).

atti di diritto derivato – possono essere sono suscettibili di essere “travasati”, in quanto pertinenti anche nell’altro settore.

Ragionando in termini di “equivalenza”, quanto appena espresso non potrebbe essere smentito dalla nuova comunicazione sull’*enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, che nell’attuale bozza da poco pubblicata non dedica alcun cenno – a meno che non sia una svista – alla difficoltà del reperimento delle prove da parte del ricorrente<sup>79</sup>.

### **6. *Private enforcement antitrust vs public enforcement negli aiuti di Stato***

Una “contaminazione” di principi è invece evidentemente meno agevole, tra il settore degli aiuti di Stato e quello antitrust, quando il sistema è, da un lato, il *private enforcement* e, dall’altro, il *public enforcement*.

Un primo esempio in relazione al quale è possibile spendere qualche riflessione è il caso *Otis*<sup>80</sup>. La sentenza in realtà è nota per le precisazioni in essa contenute circa l’ambito della legittimazione ad agire per un’azione di risarcimento del danno subito a causa di un’intesa illecita (nel caso di specie un ente territoriale, ma nell’ambito dello stesso filone giurisprudenziale, anche la Commissione – che aveva accertato e sanzionato l’intesa. con essa la Corte ha ritenuto che anche soggetti diversi dai fornitori e degli acquirenti). Nelle Conclusioni dell’AG Mengozzi vengono tuttavia incidentalmente in rilievo, nel contesto di un’azione risarcitoria per violazione dell’art. 101 TFUE, alcuni principi applicabili nell’ambito del *public enforcement* negli aiuti di Stato.

Nella fattispecie il Land Oberösterreich (Austria) aveva concesso un aiuto finanziario sotto forma di prestiti agevolati ad una serie di imprese che avevano partecipato ad intese relative all’installazione e alla manutenzione di ascensori e scale mobili in Belgio, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi. L’intesa, successivamente accertata e sanzionata dalla Commissione, mirava a garantire all’impresa privilegiata un prezzo più elevato rispetto a quello conseguibile in condizioni normali di concorrenza. illecita. Dato che l’importo dei prestiti era strettamente collegato ai costi della costruzione, tale importo era stato più elevato di quello che sarebbe stato concesso se non vi fosse stata l’intesa.

In assenza dell’intesa, il Land austriaco avrebbe concesso prestiti meno consistenti e avrebbe potuto investire la differenza al tasso di interesse medio dei prestiti dello Stato federale. Il Land promuoveva pertanto un’azione di risarcimento del danno per il pagamento di una somma corrispondente alla perdita di tali interessi. Nel giustificare la legittimazione ad agire del Land, le Conclusioni dell’AG Mengozzi contengono alcuni passaggi di un qualche interesse circa le modalità del calcolo dell’entità del danno sofferto dal Land, utilizzate anche in alcuni contesti di recupero degli aiuti di Stato.

Come precisato dall’AG Mengozzi, infatti, «il danno consiste nella differenza tra l’importo degli interessi rimborsati dai beneficiari e l’importo degli interessi che sarebbero stati dovuti sulle maggiori somme erogate applicando il tasso di interesse normale»<sup>81</sup>. Le somme da restituire devono dunque «essere rimborsate maggiorate dell’importo degli interessi decorrenti dalla rispettiva scadenza, calcolati applicando il tasso di interesse normalmente praticato»<sup>82</sup>, analogamente «a quanto accade anche nel settore degli aiuti di Stato».

Infatti, «qualora un aiuto illegittimo venga successivamente dichiarato compatibile con il mercato comune dalla Commissione, il vantaggio indebito conferito al beneficiario dal fatto che ha potuto disporre dell’aiuto anche prima della decisione della Commissione sulla compatibilità sarà assorbito dal fatto che, pur non dovendo rimborsare direttamente l’aiuto,

---

<sup>79</sup> Comunicazione della Commissione *relativa all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (draft, gennaio 2020)*, cit.

<sup>80</sup> Corte di Giustizia, 12 dicembre 2019, causa C-435/18, *Otis e a.*

<sup>81</sup> Punto 113.

<sup>82</sup> Punto 114.



dovrà comunque pagare gli interessi che sarebbero stati dovuti se avesse ottenuto in prestito l'importo in questione in attesa della decisione della Commissione<sup>83</sup>. E se l'aiuto illegittimo consisteva in un prestito senza interessi o in un prestito a tasso d'interesse ridotto, l'importo da recuperare corrisponde alla differenza tra gli interessi dovuti al tasso di mercato e gli interessi effettivamente versati<sup>84</sup>. Tale ultima situazione è, dunque, secondo l'AG «simile al caso di specie, poiché il danno fatto valere dal Land Oberösterreich non riguarda il rimborso di un importo pagato in eccesso in conseguenza dell'intesa, ma solo gli interessi che sarebbero stati dovuti sull'importo versato in eccesso dai beneficiari al tasso normalmente praticato, detratti gli interessi agevolati già pagati al Land dai beneficiari stessi. D'altro canto, il Land stesso non chiede la restituzione dell'importo pagato in eccesso a causa dell'intesa, poiché la maggiorazione di prezzo dovuta all'intesa non è stata pagata dal Land, bensì dai rispettivi beneficiari delle sovvenzioni con i mutui a tasso agevolato concessi dal Land»<sup>85</sup>.

Il richiamo alla disciplina degli aiuti di Stato non è, nella fattispecie, tuttavia sorprendente. Appare infatti ragionevole ritenere che in caso di erogazione di prestiti superiori a quelli che sarebbero stati dovuti, il criterio per misurare il danno concorrenziale sia analogo a quello utilizzati nel recupero degli interessi in caso di aiuti illegali (compatibili). Nel caso *CELF*<sup>86</sup>, infatti, la Corte aveva sostanzialmente indicato che nel caso di aiuti illegali ma compatibili, il recupero dei (soli) interessi fosse dovuto in quanto corrispondente al vantaggio concorrenziale che il beneficiario ha comunque ottenuto per il periodo dell'illegalità (per aver ad esempio ricevuto anzi tempo un prestito ad un tasso inferiore a quelli di mercato).

La "contaminazione" di principi è invece evidentemente più difficoltosa, tra il settore degli aiuti di Stato e quello antitrust, quando all'inverso il sistema è, da un lato, il *private enforcement* e, dall'altro, il *public enforcement*.

Nel caso *Air Lingus*<sup>87</sup>, ad esempio, il Tribunale aveva accolto i rilievi di Ryan Air circa l'errata quantificazione dell'importo riconoscendo le ragioni fondate sulla *passing-on defence* (operante nel settore antitrust, segnatamente nell'art. 13 della direttiva 104/2014<sup>88</sup>; nella specie Ryanair faceva valere il trasferimento del vantaggio agli acquirenti). L'Irlanda aveva introdotto un differente tasso della TTA a seconda della distanza percorsa dai vettori aerei. Entro i duecento chilometri, il tasso veniva applicato nella misura di due euro a tratta, oltre tale chilometraggio il tasso restava fisso a dieci euro). La Commissione – su denuncia dei concorrenti – aveva avviato l'indagine formale sostenendo che le compagnie irlandesi, con riferimento alle tratte nazionali, avevano beneficiato di esenzioni fiscali e avrebbero dovuto restituire la differenza tra le due diverse tassazioni e quindi 8 euro a tratta. Secondo le ricorrenti, tuttavia, tale metodo di calcolo sarebbe stato errato perché la Commissione, avrebbe invece caso mai dovuto tenere conto dell'eventuale ripercussione sui passeggeri dei vantaggi derivanti dall'applicazione del tasso ridotto della TTA, in applicazione della *passing-on defence*. Pertanto, invece di affidarsi ad un calcolo semplicemente matematico avrebbe dovuto

---

<sup>83</sup> Corte giust., 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*.

<sup>84</sup> Punto 115.

<sup>85</sup> Punto 116. E, prosegue l'AG, Il presente caso si differenzia, sotto questo aspetto, dal caso in cui i progetti di costruzione siano finanziati a condizioni di mercato: in tale situazione, il ente creditizio non avrebbe subito danni poiché avrebbe ottenuto il rimborso dei mutui concessi al tasso d'interesse di mercato, ma per questo il danno da interessi del committente sarebbe risultato in proporzione più elevato e avrebbe dovuto senz'altro essere risarcito dai partecipanti all'intesa (punto 117).

<sup>86</sup> Corte giust., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>87</sup> Trib., 5 febbraio 2015, causa T-473/12 *Aer Lingus c. Commissione* e T-500/12, *Ryanair c. Commissione*, sulla quale in dottrina, S. BLAZEK-R. VAN DER HOUT, *The Court's Judgements in the Ryanair and Aer Lingus Cases – Adding Another Layer of Complexity in Fiscal State Aid*, in *Eur. St. Aid, Law Quart.*, 2015, pp. 340 ss.; G. SKOVGAARD ØLIKKE, *The Passing-On Defence Catapulted Out of State Aid Law*, in *Eur. St. Aid Law Quart.* 2017, pp. 93 ss.

<sup>88</sup> *Ex multis*, cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *Trasferimento del sovrapprezzo*, in P. MANZINI (a cura di) *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, 2017, pp. 115.

quantificare (solo) il vantaggio ottenuto dalle compagnie aeree per l'incremento delle vendite, certamente minore del vantaggio, astrattamente ipotizzato dalla Commissione e pari alla differenza tra i due importi del tasso della TTA.

La Corte, tuttavia<sup>89</sup>, seguendo le conclusioni dell'AG Mengozzi<sup>90</sup>, ha, nel riformare tale sentenza, ricordato che «che il recupero di tale aiuto implica la restituzione del vantaggio procurato dal medesimo al suo beneficiario e non la restituzione dell'eventuale profitto economico realizzato dal medesimo mediante lo sfruttamento di tale vantaggio»<sup>91</sup>. Secondo la Corte sarebbe «priva di rilevanza, per quanto riguarda la questione del recupero dell'aiuto, la nozione di «ripercussione economica»<sup>92</sup> e le considerazioni del Tribunale «attestano la medesima confusione tra il vantaggio accordato per effetto del tasso ridotto della TTA e il profitto che i destinatari dell'aiuto potevano o avrebbero potuto trarre da tale vantaggio»<sup>93</sup>. E tali considerazioni non potrebbero neppure essere «rimesse in discussione dall'argomento della Ryanair vertente sull'articolo 13 della direttiva 2014/104 [...]. Infatti «il recupero di un aiuto illegittimo ha una finalità diversa da quella perseguita dalla direttiva 2014/104». A differenza di quest'ultima «il recupero dell'aiuto [...] non riguarda la riparazione di un qualsiasi danno individuale, ma il ripristino, sul mercato interessato, della situazione anteriore all'erogazione di detto aiuto».

Quello che in sostanza viene dunque ribadito (e confermato) è che l'unica misura per ripristinare lo *status quo ante* sul mercato è il recupero dell'aiuto, e lo è nella sua integralità, a prescindere dall'effettivo profitto. Il recupero non corrisponde infatti, né a una sanzione, né alla misura del danno subito dai concorrenti. La ragione (banale) per la quale non possono essere fatti «sconti» o valutate compensazioni nei confronti del beneficiario è che la traslazione del vantaggio non avverrebbe nei confronti dello Stato (cioè dell'erogatore) ma nei confronti di terzi (i consumatori). Poiché il recupero di un aiuto illegale – oltre a corrispondere all'adempimento dell'obbligo di ripristino dello *status quo ante* da parte del beneficiario (obbligo che scatta solo in presenza di un ordine interno di recupero) – si pone come un dovere di riparazione da parte dello Stato (che è l'autore della violazione) all'illegale concessione di misure di aiuti, ne consegue che un uso difensivo del *passing-on* nel settore degli aiuti di Stato

---

<sup>89</sup> Corte giust., 21 dicembre 2016, cause riunite C-164/15 P e C-165/15 P, *Commissione c. Air Lingus e Ryanair*.

<sup>90</sup> Conclusioni del 5 luglio 2016, cause riunite C-164/15 P e C-165/15 P.

<sup>91</sup> Punto 92 della sentenza.

<sup>92</sup> Secondo quanto si legge nella sentenza: «A tal proposito, il Tribunale ha osservato che, per quanto riguarda i voli assoggettati al tasso ridotto di EUR 2 per passeggero, ai fini della valutazione della «ripercussione economica», occorre determinare in che misura le compagnie aeree interessate si fossero effettivamente avvalse del vantaggio economico risultante dall'applicazione di tale tasso ridotto» (punto 99).

<sup>93</sup> Punto 101. Infatti, contrariamente a quanto il Tribunale ha considerato [...] il vantaggio, quale identificato dalla Commissione nella decisione controversa, non consisteva nel fatto che le compagnie aeree assoggettate a tale tasso abbiano potuto «offrire prezzi maggiormente competitivi». Esso consisteva, semplicemente, nel fatto che tali medesime compagnie dovevano versare un importo di TTA inferiore a quello che avrebbero dovuto pagare se i loro voli fossero stati assoggettati al tasso superiore della TTA. La questione se tale vantaggio abbia consentito loro di proporre prezzi di biglietti più competitivi, o se abbiano sfruttato tale vantaggio in altro modo, riguarda la valutazione dell'eventuale profitto che hanno potuto realizzare attraverso lo sfruttamento del vantaggio conferito e una siffatta valutazione è irrilevante per il recupero dell'aiuto (punto 102). È parimenti a torto che il Tribunale ha ritenuto, [...] che le circostanze delle cause di cui era investito erano diverse dalla causa che ha dato luogo alla sentenza del 15 dicembre 2005, Unicredito Italiano (C-148/04) in quanto le compagnie aeree beneficiarie del tasso ridotto della TTA «non avrebbero potuto optare per un'operazione diversa da quella che era corredata di un aiuto». (punto 103). Infatti «nulla impediva a dette compagnie di aumentare il prezzo al netto delle tasse dei biglietti dei voli assoggettati al tasso ridotto della TTA di un importo di EUR 8. Il fatto che, in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 1008/2008, esse potevano aggiungere, ai prezzi dei biglietti al netto delle tasse, solo l'importo di EUR 2 corrispondenti alla TTA calcolata al tasso ridotto, non può condurre ad una conclusione diversa, in quanto l'importo corrispondente alla differenza tra i due tassi della TTA vale a dire di EUR 8, avrebbe potuto essere incluso previamente nel prezzo del biglietto al netto delle tasse» (punto 104).

significherebbe di fatto consentire all'autore della violazione di recuperare un importo minore rispetto a quello erogato.

Volendo inoltre operare un confronto tra il caso *Ryanair* e il caso *Otis*, e spiegare la ragione del differente impatto – nei due casi – di principi applicabili nelle azioni risarcitoria antitrust nel contesto del *public enforcement* degli aiuti di Stato, basterebbe osservare che nel caso *Otis*, venivano in rilievo due situazioni “compatibili” con la disciplina degli aiuti di Stato (prestiti evidentemente legittimi, da un lato, e restituzione di interessi nel caso di aiuti illegali compatibili, dall'altro). Nel caso *Ryanair*, invece, l'incompatibilità dell'aiuto (oltre che illegalità) impedisce evidentemente di traslare in tale ambito, ai fini del calcolo dell'importo da recuperare, il principio del *passing-on defence*.

Resterebbe fermo, come evidenziato dall'AG Mengozzi che le imprese beneficiarie dell'aiuto, eventualmente convenute nell'ambito di un'azione risarcitoria promossa dai concorrenti, possano invocare la traslazione totale o parziale del danno sui propri acquirenti al fine di una diminuzione del *quantum* da corrispondere a titolo risarcitorio.

Questa potrebbe dunque costituire un'ulteriore ipotesi – per via del principio di equivalenza – di estensione di un principio operante nel *private enforcement antitrust* anche alle azioni risarcitorie nell'ambito degli aiuti di Stato<sup>94</sup>.

## **7. Uno sguardo al presente e al futuro? Mercati digitali, emergenza sanitaria, nuove proposte**

Un'ultima questione potrebbe invero riguardare l'evoluzione del *public* e del *private enforcement* e la loro complementarietà in relazione ai mercati digitali.

Come noto, la Commissione europea ha, il 15 dicembre 2020, presentato la sua proposta del *Digital Market Act*<sup>95</sup> (unitamente al *Digital Service Act*<sup>96</sup>). Ambedue i documenti si propongono di disegnare una nuova cornice di regolazione per i fornitori di servizi della società dell'informazione e, in particolare, per le piattaforme digitali. L'attenzione è ovviamente posta sui cd. *Gatekeepers*, ovvero quelle piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, in grado di condizionare sia il comportamento del mercato che degli utenti. Il *Digital Market Act* dovrebbe consentire alla Commissione di intervenire *ex ante*, con rimedi strutturali e misure correttive, nell'ambito di mercati caratterizzati da scarsa concorrenzialità, o laddove vi sia il rischio che piattaforme (in particolare le *big*) possano adottare comportamenti in relazione ai quali un eventuale intervento *ex post*, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, sia considerato insufficiente o comunque non perseguibile (perché ad esempio si tratta di comportamenti unilaterali ma posti in essere da imprese non in posizione dominante).

È indubbio che il ruolo della Commissione, e in generale, del *public enforcement*, sarà in tale contesto centrale e si assisterà ad una progressiva ridefinizione dei rapporti tra *public* e *private enforcement*. Quest'ultimo non diminuirà tuttavia, di rilievo, ma potrebbe, anzi, acquisire spazi ulteriori. In sede di consultazione si era, ad esempio, posto l'accento sull'impatto che le decisioni *ex ante* e i rimedi strutturali potrebbero o potranno avere sulle garanzie per il diritto di difesa, parità delle armi, contraddittorio (art. 6 CEDU, art. 47 Carta europea dei diritti). In caso di inottemperanza alle decisioni adottate sulla base del *Digital Market Act*, la Commissione ha infatti previsto la possibilità di irrogare ammende e penalità di mora. Considerata la natura “quasi penale” del procedimento antitrust, le implicazioni che tali decisioni potrebbero avere sui diritti di difesa non assumerà dunque rilievo residuale.

Negli aiuti di Stato, occorre innanzitutto evidenziare che l'emergenza sanitaria e socioeconomica ha invece, e al contrario, indotto la Commissione – seppur temporaneamente

---

<sup>94</sup> Punto 82 delle Conclusioni.

<sup>95</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_it)

<sup>96</sup> <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

– a un allentamento delle maglie del controllo pubblicistico. Il *Temporary Framework*<sup>97</sup> (giunto peraltro al quinto emendamento e prorogato ulteriormente fino al 31 dicembre 2021<sup>98</sup>), consente agli Stati membri di concedere ed erogare aiuti alle imprese con un margine di ampiezza che non ha pari.

Diverse riflessioni vanno inoltre spese, con specifico riguardo alla digitalizzazione dei mercati, nell’ambito degli aiuti di Stato. Appare evidente che in tale contesto i due settori – *antitrust* e aiuti di Stato – si pongono obiettivi differenti ma assolutamente complementari. Nel primo caso – e il *Digital Market* ne costituisce un chiaro esempio – l’obiettivo della Commissione è quello di intervenire con più efficacia al fine di ridurre il potere delle grandi piattaforme digitali. Il mercato in cui si muovono le piattaforme digitali non è invece – differenza invece di tantissimi altri settori direttamente colpiti dall’emergenza sanitaria – un mercato che ha necessità di misure di aiuto da parte degli Stati. Vi sono tuttavia degli ambiti nei quali una politica sugli aiuti di Stato correttamente orientata potrebbe contribuire ad un “riequilibrio” di alcuni mercati contigui. Il *digital divide* potrebbe ad esempio essere risolto con misure di aiuto alla banda larga e al 5G<sup>99</sup>, alla digitalizzazione in genere di taluni settori; tutte misure queste, la cui centralità è come noto evidenziata in relazione agli obiettivi del *Next Generation EU*, e che peraltro erano già state annunciate nel *Temporary Framework*.

Gli aiuti nel settore del digitale sono ovviamente solo una parte del processo di riforma in atto da parte della Commissione. Quest’ultima sta, infatti e contestualmente rivedendo una numerosa serie di linee guida e regolamenti di esenzione, in linea con l’approccio adottato, in particolare, nel suo piano di modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato del 2012<sup>100</sup>, e che nell’aumentare le ipotesi di esenzione dall’obbligo di notifica, responsabilizza *ex ante* le autorità statali e privilegia un controllo *ex post* da parte della Commissione.

Quale ruolo per i giudici in tale contesto? Nonostante il temporaneo “alleggerimento” della disciplina sugli aiuti di Stato e le proposte di aumentare i casi di compatibilità (e dunque di esenzione dall’obbligo di notifica), i rapporti tra *public* e *private enforcement* potrebbero, anche in tale settore, evolversi nel senso di un maggiore coinvolgimento dei giudici nazionali. Nella sua nuova bozza di Comunicazione<sup>101</sup>, la Commissione prevede ad esempio che il ruolo dei giudici nazionali, lungi dal diminuire acquisterà un ruolo ancora maggiore e che potrebbe concentrarsi – tra gli altri aspetti – proprio sulle violazioni dei regolamenti di esenzione.

L’evoluzione dei mercati, unitamente all’evoluzione del sistema di *enforcement* è dunque continuo ed incessante, ancor più accelerata dalla crisi sanitaria ed economica per quanto riguarda la digitalizzazione, con conseguente definizione di un nuovo ruolo, in prima battuta del *public enforcement*, e poi necessariamente anche del *private*.

---

<sup>97</sup> 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).

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> Si veda, nell’ambito del recente pacchetto di misure *Recovery and Resilience Facility – State Aid* (21 dicembre 2020) le Comunicazioni *Guiding template: Measures to support the deployment and take-up of fixed and mobile very high capacity networks, including 5G and fibre networks*; e *Guiding template: Upgrading education and training, including digital skills and relevant connectivity*.

<sup>100</sup> Comunicazione sulla *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE*, COM (2012) 209.

<sup>101</sup> Comunicazione *relativa all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, pubblicata il 29 gennaio 2021, cit.

## 8. Uno sguardo conclusivo: circolarità di principi tra il diritto della concorrenza e altri settori: il dialogo tra la Corte di giustizia e la Corte Costituzionale

La giurisprudenza recente dimostra dunque – o in parte conferma – l’esistenza di un certo grado di “contaminazione” tra diversi sistemi di *enforcement*. La circolazione dei principi tra i vari ambiti è, da un lato, certamente fisiologico e deriva dall’incidenza di altri principi più generali (ad es., effettività ed equivalenza come limite all’autonomia procedurale/processuale nel contesto del *private enforcement*); o dalla necessità di convergenza di concetti (come la nozione di impresa e di unità economica nel caso *Skanska*).

Tuttavia, non sempre è possibile una “trasmigrazione” di principi tra un settore e l’altro. Non lo è ad esempio, come emerge dal caso *Air Lingus*, quando l’applicazione di talune norme o principi – estrapolate da altri settori contigui – minerebbe elementi di un altro sistema, ritenuti strutturalmente intoccabili e inderogabili. Nel settore del *public enforcement* degli aiuti di Stato, il recupero integrale di un aiuto illegale e incompatibile non ammette infatti eccezioni. E va peraltro ricordato che il recupero di un aiuto non risponde né a una finalità sanzionatoria e né risarcitoria, bensì trova la sua ragione nella necessità del ripristino dello *status quo ante* del mercato. Solo gli interessi – da corrispondere per tutto il periodo dell’illegalità – possono invece dare la misura dell’entità del danno concorrenziale al mercato anche in caso di aiuti (illegali e) compatibili, corrispondente al vantaggio ottenuto anzi tempo dal beneficiario (es. un prestito a condizioni più favorevoli) – come ricordato dal noto caso *CELF*<sup>102</sup>. In tale ambito è perciò possibile ragionare su una possibile estensione – in un contesto risarcitorio (*antitrust*) – di principi estrapolati dal *public enforcement* degli aiuti di Stato.

Quel che è comunque appare certo è una visibile predisposizione da parte della Corte di giustizia ad accogliere con favore i suggerimenti o richieste da parte dei giudici nazionali (i) ad un’armonizzazione dei principi applicabili nel *private enforcement* tra i due diversi ambiti, *antitrust* e aiuti di Stato, e (ii) per quanto riguarda il settore *antitrust*, ad un’estensione di concetti oramai collaudati nel *public enforcement* anche nel caso di azioni risarcitorie. L’effettività del diritto dell’Unione europea e in particolare delle norme sulla concorrenza richiede dunque – anche al di là della direttiva 104/2014 – un alto grado di coerenza del sistema di *enforcement* unitariamente considerato e la necessità che le azioni dinanzi ai giudici nazionali non abbiano esiti diversi a seconda della disciplina nazionale applicabile.

C’è però sicuramente da chiedersi se la tendenza ad esportare principi dal *public* al *private enforcement* non porti a snaturare la finalità di quest’ultimo sistema (che è la tutela dei diritti dei soggetti privati). Il concetto di *unità economica*, ad esempio, applicato anche nel contesto di un’azione risarcitoria implica di fatto che i due sistemi di *enforcement* perseguono entrambi una finalità di deterrenza delle condotte anticoncorrenziali. Lo riafferma chiaramente la Corte nel caso *Skanska*: «il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere il risarcimento del danno [...] è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza, contribuendo quindi al mantenimento di un’effettiva concorrenza nell’Unione»<sup>103</sup>.

Va infine osservato che alla circolarità di nozioni e concetti all’interno del settore della concorrenza si assiste inoltre anche ad una più estesa “contaminazione” di principi – con riferimento alle garanzie procedurali – anche tra l’area del diritto della concorrenza ed altri ambiti.

Nel settore *antitrust* ad esempio, e con riferimento al caso *Consiliul Concurenței*<sup>104</sup>, l’AG Pitruzzella aveva anche suggerito alla Corte di prendere spunto dal caso *Taricco*<sup>105</sup>, al fine di

<sup>102</sup> Corte giust., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

<sup>103</sup> Punti 44-46.

<sup>104</sup> Corte giust., 21 gennaio 2020, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*, cit.

<sup>105</sup> Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.* punto 47 e 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

verificare in che misura la disciplina nazionale (rumena) sul regime della prescrizione applicabile ai procedimenti antitrust, a fini sanzionatori, potesse essere interpretata conformemente al diritto dell'Unione europea<sup>106</sup> o, in subordine, disapplicata senza che tale soluzione comporti tuttavia la violazione di principi fondamentali dell'ordinamento interno (come l'art. 25 Cost. nell'ordinamento italiano), tenuto conto della natura sostanziale e non procedurale della prescrizione penale

Muovendo dal caso "Taricco II"<sup>107</sup>, ne deriverebbe che «qualora il giudice nazionale ritenesse che l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali sia contrario al principio di legalità dei reati e delle pene egli non sarebbe tenuto a rispettare tale obbligo, anche se il suo rispetto porrebbe rimedio ad una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione»<sup>108</sup>. Tale soluzione, troverebbe la sua *ratio* nella possibile assimilazione della sanzione antitrust a una sanzione penale<sup>109</sup>, tenuto conto, in linea con una consolidata giurisprudenza della Corte Edu<sup>110</sup>, dell'effetto dissuasivo e repressivo delle sanzioni e della gravità, e della conseguente necessità che le procedure siano soggette, alle garanzie previste dall'articolo 6 della CEDU, principio più volte riconosciuto anche dalla Corte di giustizia<sup>111</sup>.

La Corte ha tuttavia, come innanzi illustrato argomentato la sua decisione in altro modo, e cioè fondando il suo ragionamento sull'effettività del diritto dell'Unione europea e sulla necessità da parte del giudice nazionale di interpretare la normativa interna alla luce dei principi unitari che reggono sia il *private* che il *public enforcement* (in quanto complementari ed entrambi funzionali all'effettività delle norme sulla concorrenza) richiamando per analogia il caso Cogeco.

Le Conclusioni svolte dall'AG sollevano tuttavia svariati spunti di riflessioni e che trovano una sponda in altri casi riguardanti il rapporto tra le norme antitrust e altri settori.

Per altri versi, ma sempre in riferimento alla natura "penale" o "quasi penale" del procedimento antitrust, la nostra Corte Costituzionale, con la nota ordinanza n. 117/2019, ha ad esempio sollevato un quesito pregiudiziale per sapere se e in che misura sia possibile estendere

---

<sup>106</sup> L'AG ha nello specifico proposto alla Corte di valutare la possibilità di un'interpretazione conforme del diritto rumeno alla luce del principio di effettività (come limite all'autonomia procedurali) facendo leva sui principi espressi nel caso *Taricco I*, ovvero tenendo conto di: « a) l'intero apparato di regole sulla prescrizione vigente e non atomisticamente singole disposizioni; b) la complessità media dei casi trattati dall'Autorità nazionale di concorrenza e i tempi necessari per un'adeguata analisi giuridico-economica» (punto 72). Il giudice dovrebbe dunque verificare se l'impunità di imprese che hanno posto in essere gravi illeciti antitrust «consegue, in un numero considerevole di casi [...] perché tali fatti risulterebbero generalmente prescritti prima che la sanzione antitrust prevista dalla legge possa essere inflitta» e dovrebbe, in seconda battuta constatare se «le misure previste dal diritto nazionale per combattere gli illeciti antitrust non possono essere considerate effettive e dissuasive, in contrasto con l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE» (punto 73).

<sup>107</sup> Corte giust., 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, cit.

<sup>108</sup> Punto 87.

<sup>109</sup> Punto 91, ove riprendendo le Conclusioni dell'Avvocato generale Bot (causa C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta c. Commissione*) l'AG Pitruzzella precisa che «le ammende di cui all'articolo 23 del regolamento n. 1/2003 sono, per la loro natura e la loro gravità, equiparabili ad una sanzione penale» e il procedimento connesso «rientra quindi nell'ambito "penale" ai sensi dell'articolo 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

<sup>110</sup> Corte EDU, 3 dicembre 2002, *Lilly c. Francia*, (ricorso n. 53892/00); 11 giugno 2009, *Dubus S.A. c. Francia*, (ricorso n. 5242/04); 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, (ricorso n. 43509/08); e 23 ottobre 2018, *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovenia* (ricorso n. 47072/15).

<sup>111</sup> Punti 89-90, ove si ricorda che la Corte ha in numerose occasioni richiamato il principio responsabilità personale alle norme in materia di concorrenza (Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*; 10 settembre 2009, causa C-97/08 P *Akzo Nobel e a. c. Commissione*), e il principio della presunzione d'innocenza garantita di cui all'art. 6 CEDU all'articolo 6, (Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls c. Commissione*).

il principio del “diritto al silenzio”, applicabile nel settore dell’antitrust<sup>112</sup>, nel diverso contesto del procedimento per abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato (abusi di mercato), di cui al reg. (UE) n. 596/2014<sup>113</sup>.

Ebbene, con la recentissima sentenza del 2 febbraio 2021<sup>114</sup>, la Corte di giustizia ha ritenuto che il diritto al silenzio possa essere invocato anche da parte di persone fisiche oggetto di un procedimento per abuso di informazioni privilegiate<sup>115</sup>, in ragione del fatto che le sanzioni amministrative inflitte dalla Consob paiono perseguire una finalità repressiva e presentare un elevato grado di severità, tale per cui esse sono suscettibili di avere natura penale»<sup>116</sup>. La Corte ha, infatti, precisato che l’art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6 e l’art. 30, par. 1, lett. b), del reg. n. 596/2014 «letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell’ambito di un’indagine svolta nei suoi confronti dall’autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale».

Se è vero che la giurisprudenza che ha riconosciuto il diritto al silenzio attiene a procedimenti nei confronti di imprese e associazioni di imprese, e la portata di tale diritto non potrebbe essere per analogia automaticamente estesa nei confronti di persone fisiche oggetto di un procedimento per abuso di informazioni privilegiate»<sup>117</sup>; tuttavia, come precisa la Corte di giustizia, occorre fare riferimento ad «un principio ermeneutico generale», in base al quale «un testo del diritto derivato dell’Unione deve essere interpretato, per quanto possibile, in un modo che non pregiudichi la sua validità e in conformità con l’insieme del diritto primario e, segnatamente con le disposizioni della Carta. Così, qualora un testo siffatto si presti a più di un’interpretazione, occorre preferire quella che rende la disposizione conforme al diritto primario anziché quella che porta a constatare la sua incompatibilità con quest’ultimo»<sup>118</sup>.

Una risposta della Corte in tal senso era altamente prevedibile; il diritto al silenzio costituisce infatti una garanzia del processo penale, a tutela di persone fisiche, già protetto dalla

---

<sup>112</sup> Corte giust., 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem c. Commissione*, punto 34; 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *Commissione c. SGL Carbon*, punto 41; 5 gennaio 2007, causa C-407/04 P, *Dalmine c. Commissione*, punto 34.

<sup>113</sup> In riferimento a tale ordinanza di rinvio e per alcuni spunti riguardo alla circolarità di principi, nella materia della concorrenza, tra ordinamento costituzionale interno e ordinamento dell’Unione europea, cfr. F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell’Unione europea*, in *Riv. Regol. mercati*, n. 1/2020, p. 13 ss.

<sup>114</sup> Corte giust., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB c. DB c. Consob*.

<sup>115</sup> La Corte ha precisato che l’art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6 e l’art. 30, par. 1, lett. b), del reg. n. 596/2014 «letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell’ambito di un’indagine svolta nei suoi confronti dall’autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale».

<sup>116</sup> Per valutare il carattere penale di una sanzione amministrativa rilevano, secondo la Corte, tre criteri: la qualificazione giuridica dell’illecito nell’ordinamento interno, la natura stessa dell’illecito e il grado di severità della sanzione che l’interessato rischia di subire (Corte giust., 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16, punto 28). Si vedano anche i casi decisi con sentenze del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, punto 38. In senso sostanzialmente analogo si è pronunciata anche la Corte Edu, (Corte Edu, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010).

<sup>117</sup> Punto 48.

<sup>118</sup> Punto 50. V. anche Corte giust., sentenza del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M. e a.*, punto 77. Nell’interpretazione che essa effettua in merito ai diritti garantiti dall’articolo 47, secondo comma, e dall’articolo 48 della Carta, la Corte deve dunque tener conto dei diritti corrispondenti garantiti dall’articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, in quanto soglia di protezione minima: Cfr. v., in tal senso, sentenze del 21 maggio 2019, causa C-235/17, *Commissione c. Ungheria*, punto 72; 6 ottobre 2020, cause C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, punto 124; 17 dicembre 2020, causa C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, punto 56. Punto 37

Corte Edu<sup>119</sup> (e dalla nostra Costituzione) poi esteso, per via della giurisprudenza della Corte di giustizia, nei confronti delle imprese nell'ambito dei procedimenti antitrust<sup>120</sup>. L'affermazione della natura penale di determinate tipologie di sanzioni amministrative<sup>121</sup>, era inoltre già stata ricavata dalla lettura congiunta degli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti (e dell'art. 6 CEDU).

La circolarità virtuosa di principi tra ordinamenti ha dunque consentito nel caso di specie di rafforzare un diritto della persona già presente nella nostra Costituzione<sup>122</sup> attraverso una lettura coerente di principi applicabili nel procedimento antitrust e a loro volta tratti da diritti tutelati a livello internazionale e da principi generali operanti a livello interno.

A conclusione di tale *excursus* vale solo la pena di osservare che la coerenza tra i sistemi di *public* e *private enforcement* così come tra altri settori e quello del diritto della concorrenza globalmente considerato, non passa dalla Commissione, o non solo, ma si fonda principalmente sul dialogo con la Corte di giustizia. Quest'ultima è, infatti allo stesso tempo il giudice che controlla le legittimità delle decisioni adottate dalla Commissione, perimetrandone la sua discrezionalità, e il giudice che interviene, nell'ambito del rinvio pregiudiziale, per assicurare l'interpretazione conforme (e coerente) delle regole sia di *public* che di *private enforcement*, garantendo al contempo una più elevata tutela dei diritti fatti valere in sede nazionale.

La circolarità di principi, tra sistemi, tra settori, tra ordinamenti nazionali degli Stati membri e tra questi e l'Unione europea, è comunque un processo costante e proficuo. Anche la partecipazione sempre più assidua delle Corti costituzionali al dialogo con la Corte di giustizia lo dimostra e va salutata con enorme favore.

---

<sup>119</sup> Art. 6 CEDU (e art. 14, par. 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici); v., in tal senso, Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, CE:ECHR:1996:1217JUD001918791; 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, CE:ECHR:2016:0913JUD005054108; 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*, CE:ECHR:2015:0319JUD000749411

<sup>120</sup> Corte giust., 18 ottobre 1989, *Orkem c. Commissione*, cit.; 5 gennaio 2007, P, *Dalmine c. Commissione*, cit.; il diritto al silenzio non è tuttavia assoluto (v. Corte giust., 29 giugno 2006, *Commissione c. SGL Carbon*, cit.).

<sup>121</sup> Corte giust., 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, cit.; 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cit.

<sup>122</sup> Si vedano in particolare gli artt. 24, comma 2 (Corte cost., 19 giugno 2002 n. 291; 24 ottobre 2002 n. 451; 26 novembre 2002, n. 485) e 27, comma 2, Cost. (Corte Cost., 2 novembre 1998, n. 361).