



L'Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione

Fabio Ferraro*

SOMMARIO: 1. L'autonomia strategica aperta dell'Unione e l'approvazione del regolamento sulle sovvenzioni estere. - 2. La differente “filosofia” del regolamento sulle sovvenzioni estere rispetto al precedente regolamento IDE e il suo ambito di applicazione *ratione temporis*. - 3. La nozione di sovvenzione estera e la distorsione del mercato interno. - 4. L'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere. - 5. *Segue*. Gli altri strumenti di *track & tracing*: il nuovo controllo delle concentrazioni e degli appalti pubblici. - 6. Le prospettive future del sistema accentrato di controllo delle sovvenzioni estere.

1. In considerazione dei cambiamenti dell'ordine economico globale e del nuovo scenario geopolitico, l'Unione europea ha tracciato negli ultimi anni la rotta per una nuova *policy* commerciale basata sulla nozione di “autonomia strategica”¹. In realtà, tale nozione ha acquisito

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ La nozione di autonomia strategica dell'Unione si è inizialmente affermata nel campo della politica di sicurezza e di difesa comune. Cfr. J. BORRELL, *Perché l'autonomia strategica europea è importante*, 3 dicembre 2020, consultabile in eas.europa.eu; C. CELLERINO, *La difesa europea dinanzi alla guerra in Ucraina tra*

la portata ben più ampia di “autonomia strategica aperta”, al fine di porre in evidenza l’esigenza di trovare un giusto equilibrio tra la tutela degli interessi generali dell’Unione e la vocazione dell’Unione alla cooperazione e al dialogo con gli altri partners internazionali. La declinazione di questa nozione nell’ambito della politica commerciale comune dell’Unione implica il temperamento dell’apertura strategica agli scambi internazionali con l’adozione degli strumenti necessari per la difesa del mercato interno da pratiche sleali e abusive².

Nel quadro di questa revisione della sua politica commerciale, l’Unione europea ha fortemente avvertito l’esigenza di colmare una lacuna normativa in tema di sovvenzioni estere, non disponendo di strumenti che consentano di far fronte alle distorsioni del mercato interno causate dai contributi finanziari concessi da Stati terzi a imprese attive nell’Unione europea. Nonostante le sovvenzioni concesse dai Paesi dell’Unione siano rigorosamente disciplinate dal regime di aiuti di Stato alle imprese e le importazioni di beni sovvenzionati possano essere limitate da misure antidumping, non vi sono meccanismi *ad hoc* per contrastare le sovvenzioni estere. Se le stesse sovvenzioni fossero concesse dagli Stati membri, anziché da Stati terzi, potrebbero potenzialmente risultare in contrasto con la normativa dell’Unione sugli aiuti di Stato alle imprese.

L’esistenza di questa asimmetria tra la disciplina delle sovvenzioni UE e il vuoto normativo delle sovvenzioni *extra* UE è incompatibile con l’obiettivo di realizzare un regime di sana concorrenza fondata sui meriti, visto che le imprese che ricevono contributi pubblici si trovano in una posizione di vantaggio rispetto alle imprese che non ne beneficiano. L’Unione europea ha cercato di porre rimedio a questa anomia con l’approvazione del regolamento 2022/2560, che istituisce un quadro armonizzato al fine di garantire un *level playing field* tra gli

“autonomia strategica” e vincoli strutturali: quali prospettive per la Difesa comune?, in *I Post di AISDUE*, 18 maggio 2022; F. HOFFMEISTER, *Strategic autonomy in the European Union’s external relations law*, in *Common Market Law Review*, vol. 60, n. 3, 2023, p. 667 ss.

² Cfr. comunicazione della Commissione, *Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, COM/2021/66 final; prima ancora, v. *White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, COM/2020/253 final, 17 June 2020.

operatori economici nell'Unione europea³. È intuitivo che la preoccupazione principale sul piano concorrenziale deriva dal ruolo crescente svolto dalla Cina sull'economia globale, pur se formalmente il regolamento non menziona espressamente, forse anche per motivi di opportunità, le sovvenzioni concesse dal Paese del dragone per giustificare l'adozione delle nuove misure⁴. A dire il vero, il Parlamento europeo⁵ e la Corte dei Conti dell'Unione⁶ erano stati, per così dire, meno diplomatici, avendo espresso, *claris et apertis verbis*, gravi timori in merito alle distorsioni concorrenziali determinate dalle sovvenzioni concesse dallo Stato cinese per agevolare le acquisizioni di imprese europee, condizionare gli investimenti o comunque incidere sul comportamento degli operatori di mercato. Questi timori derivanti dal c.d. "nuovo mercantilismo" della Cina e di altri Stati terzi si intrecciano con la situazione economica dell'Unione europea, che è stata messa a dura prova negli ultimi anni prima dalla diffusione della pandemia da Covid-19 e poi dall'aggressione della Russia all'Ucraina⁷, di talché appare necessario conciliare la creazione di un contesto commerciale autonomo fondato su regole ben definite con l'esigenza di aprire il mercato unico alle imprese straniere e ai loro investimenti. In tale contesto problematico nel quale si trovano oggi tutti i sistemi economici degli Stati membri (e non solo), intendiamo analizzare criticamente le

³ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, *relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno*. Per un commento alla proposta, J. KOCIUBINSKI, *The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 6, n. 1, 2022, p. 56 ss.; più di recente, A. ALEXIS, *Control of foreign subsidies distorting the internal market: main amendments introduced by the co-legislators*, in *concurrences.com*, February 2023.

⁴ Per considerazioni più ampie, v. G. CASTRO RIBEIRO, *Goeconomic Awakening: The European Union's Trade and Investment Policy Shift toward Open Strategic Autonomy*, in *coleurope.eu, EU Diplomacy Papers*, n. 3, 2023, p. 3 ss.

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 giugno 2021, sulla politica di concorrenza - Relazione annuale 2020, 2020/2223(INI).

⁶ *La risposta dell'UE alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, analisi n. 03, 2020, disponibile in *eca.europa.eu*.

⁷ Cfr. S. GOULARD, *The Impact of the US-China Trade War on the European Union*, in *Global Journal of Emerging Market Economies*, in vol. 12, n. 1, 2020, p. 56 ss.; R. MAGLIANO, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2021, p. 1057 ss.

principali novità introdotte dal regolamento, con l’obiettivo di cercare di valutare i costi/benefici per il mercato interno derivanti dalla disciplina sulle sovvenzioni estere.

2. In coerenza con gli obiettivi perseguiti, inscindibili tra loro, senza che uno di essi assuma importanza secondaria o indiretta rispetto all’altro, il regolamento si fonda su una doppia base giuridica: da un lato, l’art. 207 TFUE che riguarda la politica commerciale comune e, dall’altro lato, l’art. 114 TFUE inerente all’armonizzazione del mercato unico europeo. A ben vedere, il regolamento traspone però nell’ambito delle sovvenzioni estere alcuni concetti e strumenti tipici della normativa dell’Unione in tema di aiuti di Stato e concentrazioni, devolvendo i poteri di controllo e sanzionatori alla Commissione europea⁸.

Per la precisione, il nuovo atto dell’Unione si muove secondo tre linee direttrici, che consistono nell’esame d’ufficio delle sovvenzioni estere distorsive (capo 2), nel controllo delle concentrazioni (capo 3) e delle procedure di appalto pubblico (capo 4). Questi strumenti affidati alla Commissione si completano a vicenda, in quanto il secondo e il terzo istituiscono dei veri e propri meccanismi di autorizzazione preventiva, mentre il primo rappresenta uno strumento generale di indagine del mercato, che si estende anche alle concentrazioni e alle procedure di appalto di minore entità. In realtà, è stata prevista un’ulteriore novità con la previsione del potere della Commissione europea di condurre un’indagine di mercato sul particolare settore, sul particolare tipo di attività economica o sull’utilizzo dello strumento di sovvenzione in questione (art. 36, par. 1), che si può concludere con la pubblicazione di una relazione (art. 36, par. 2), le cui informazioni possono essere utilizzate per avviare una delle tre procedure istituite dal regolamento 2022/2560 (art. 36, par. 3).

Peraltro, tale regolamento si affianca a due regolamenti, uno per il controllo degli investimenti diretti esteri nell’Unione (regolamento 2019/452 – c.d. IDE) e l’altro sull’accesso degli operatori di paesi terzi

⁸ Tanto da spingere L. HORNKOHL a definirla “third-country State aid law”: *Protecting the Internal Market From Subsidisation With the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 4.

al mercato degli appalti pubblici dell'Unione (regolamento 2022/1031), che offrono ulteriori strumenti di tutela per il mercato interno e la concorrenza⁹.

Da questo notevole attivismo delle istituzioni dell'Unione sembra desumersi che le normative previste dagli Stati membri siano in grado di salvaguardare gli assetti proprietari delle società operanti in settori reputati strategici sul piano interno per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, ma non l'interesse generale dell'Unione a limitare fortemente le sovvenzioni estere o comunque a indirizzarle verso determinati obiettivi comuni. In particolare, il regolamento sugli investimenti esteri diretti è stato eloquentemente definito “una specie di ornitorinco, una creatura strana se paragonata al tipo ordinario di regolamenti previsti dall'articolo 288 TFUE”¹⁰, poiché riserva il potere decisionale essenzialmente agli Stati membri, sia pure nel rispetto di alcuni standard minimi¹¹. Questo atto dell'Unione non impone norme vincolanti, né istituisce un meccanismo comune di controllo degli investimenti esteri diretti, legittimando e rafforzando la regolamentazione degli Stati membri. Invece, il regolamento 2022/2560 rappresenta, per certi versi, un ritorno al passato, in quanto si colloca nel solco degli ordinari regolamenti. Anzi, la nuova disciplina sulle sovvenzioni estere può apparire quasi come un monito nei confronti dello Stato italiano, che si è inizialmente lasciato, per così dire, affascinare dalle opportunità economiche offerte dalla Nuova Via della Seta (“*Belt and Road Initiative*”)¹², sottoscrivendo accordi di varia natura con la Cina, le cui prospettive future risultano, allo stato, alquanto incerte, anche in considerazione della posizione assunta sul piano commerciale dalla Presidenza Biden nei confronti del suo grande

⁹ Per un'analisi del quadro di misure nel suo complesso, M. SATTOROVA, *EU investment law at a crossroads: Open strategic autonomy in times of heightened security concerns*, in *Common Market Law Review*, vol. 60, n. 3, 2023, p. 701 ss.

¹⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Čapeta, del 30 marzo 2023, causa C-106/22, *Xella Magyarország*, punto 32.

¹¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 1, 2019, p. 2 ss.; A. ALÌ, *L'intersezione tra la sicurezza dell'UE e dei suoi Stati membri alla luce del regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *La Comunità Internazionale*, n. 3, 2020, p. 439 ss.

¹² In tema, Z. MINGHAO, *The Belt and Road Initiative and its Implications for China-Europe Relations*, in *The International Spectator*, vol. 51, n. 4, 2016, p. 109 ss.

rivale strategico¹³. Invero, il regolamento sulle sovvenzioni estere dà origine a un articolato sistema di *screening* da parte della custode dei trattati, a differenza dell'atipico regolamento IDE, che si limita a istituire un meccanismo di cooperazione tra Stati membri e tra quest'ultimi e la Commissione, lasciando quindi alle singole autorità nazionali il potere di controllo degli investimenti esteri diretti.

È chiaro, tuttavia, che l'applicazione del nuovo regolamento deve fare i conti con gli impegni assunti dall'Unione nel quadro dell'OMC e di altri accordi commerciali e di investimento ai quali essa ha aderito¹⁴; di talché la Commissione non potrà svolgere un'indagine sulla base di tale regolamento e imporre o lasciare in vigore misure se in contrasto con gli obblighi dell'Unione derivanti dagli accordi internazionali che essa abbia concluso (art. 44, par. 9). È pur vero che le norme dell'OMC risultano largamente insoddisfacenti e la loro modernizzazione non è agevole da realizzare, nonostante l'Unione europea sia fortemente impegnata per dotare questa organizzazione internazionale di strumenti idonei a combattere una serie di distorsioni concorrenziali dovute all'intervento statale nell'economia¹⁵, tra le quali rientrano quelle derivanti dalle sovvenzioni all'industria¹⁶. La difficoltà di imprimere un cambio di marcia a livello internazionale nella lotta alle sovvenzioni statali ha indotto l'Unione europea a muoversi sul piano dell'autonomia e, quindi, ad adottare il nuovo regolamento, che rappresenta un'ulteriore tappa del suo percorso evolutivo volto a correggere le eventuali distorsioni al mercato interno.

¹³ Cfr. A. LIGUSTRO, *America is Back: la presidenza Biden e il nuovo "ordine" mondiale - Editoriale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 4, 2021, p. XI ss.; G. D'IGNAZIO, *La Presidenza Biden nel post-trumpismo. "Our eyes on the future" nella ricostruzione del We The People - Editoriale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2021, p. 5 ss.

¹⁴ In argomento, v. G. LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, *Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law*, Alphen aan den Rijn, 2007.

¹⁵ Cfr. E. BARONCINI, *La proposta europea di riforma dell'OMC*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 135 ss.; più in generale, v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 229.

¹⁶ V. l'allegato della comunicazione della Commissione, *Riesame della politica commerciale*, cit.

Nel suo complesso, la risposta dell'Unione europea alla questione della possibile disomogeneità delle decisioni dei singoli Stati membri in merito alla legittimità delle sovvenzioni estere appare efficace e tempestiva, ma sarà necessario attendere prima di esprimere un giudizio definitivo, poiché il nuovo regolamento, pur essendo entrato in vigore il 12 gennaio 2023 (art. 54, par. 1), sarà applicabile soltanto a partire dal 12 luglio 2023 (art. 54, par. 2) Oltretutto, questo atto dell'Unione ha ulteriormente posticipato l'attuazione di alcune rilevanti previsioni (art. 54, parr. 3 e 4), ivi comprese quelle che si riferiscono alle notifiche delle concentrazioni e dei contributi finanziari esteri nell'ambito delle procedure di appalto (il 12 ottobre 2023).

Quanto al regime transitorio, non può mancare di sottolineare come desti più di qualche perplessità il fatto che il regolamento si applichi alle sovvenzioni estere concesse nei cinque anni precedenti alla data di inizio della sua applicazione (art. 53, par. 1), qualora tali sovvenzioni estere siano distorsive del mercato interno dopo tale data, sebbene tale periodo sia ridotto a tre anni per i contributi finanziari esteri "concessi a un'impresa che notifica una concentrazione o che notifica contributi finanziari nel contesto di una procedura di appalto pubblico" (art. 53, par. 2). Oltre la difficoltà di individuare con precisione gli effetti distorsivi al mercato interno arrecati da una sovvenzione estera dopo diversi anni dalla sua concessione, l'applicazione retroattiva dell'atto dell'Unione pone alcune frizioni con i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento, che le imprese interessate faranno verosimilmente valere nel futuro contenzioso con la Commissione europea. Il potere di adottare le suddette norme con efficacia retroattiva, disciplinando autonomamente situazioni pregresse, sembra porsi in contrasto con altri valori e interessi protetti, tra i quali è compreso l'affidamento degli operatori del settore nella sicurezza giuridica. Il regolamento rischia di interferire sui contributi finanziari che hanno ormai esaurito i loro effetti, senza prevedere, peraltro, un periodo congruo, né delle modalità adeguate e ragionevoli, per consentire alle imprese di conformarsi alla nuova disciplina.

3. Il regolamento ha un carattere orizzontale, considerato che si applica a tutte le imprese, comprese quelle pubbliche controllate direttamente o indirettamente da uno Stato, che esercitano un'attività

economica nell’Unione. Ne consegue che il regolamento è volto a tutelare non solo quelli che vengono definiti “i campioni nazionali”, ma più in generale le imprese che operano nell’ambito dell’Unione europea. Si deve trattare di un contributo finanziario fornito direttamente da un Paese terzo che conferisca un vantaggio a un’impresa che esercita un’attività economica nel mercato interno e che sia limitato, in linea di fatto o di diritto, a una o più imprese o a uno o più settori. Ai fini della qualificazione di una sovvenzione estera, si può ritenere quindi che il regolamento recepisca, con i dovuti adattamenti, sia il concetto ricavabile dalla prassi del GATT e dell’OMC¹⁷, sia le condizioni richieste dall’art. 107 TFUE per configurare un aiuto di Stato¹⁸. Invero, scomponendo l’art. 3, par. 1, del regolamento (v. anche considerando da 11 a 15), dovranno sussistere le seguenti quattro condizioni cumulative: 1) contributo finanziario; 2) concesso, direttamente o indirettamente, da un Paese terzo; 3) conferente un vantaggio a un’impresa che esercita un’attività economica nel mercato interno; e 4) limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori.

Il regolamento utilizza, a titolo esemplificativo e non tassativo, taluni indicatori per individuare non solo la nozione di contributo finanziario, bensì anche quella di distorsione del mercato interno, vuoi per non lasciare alla valutazione della Commissione europea un eccessivo margine di discrezionalità, vuoi perché la complessità della realtà commerciale e l’assenza di trasparenza rendono spesso difficile individuare e quantificare con precisione l’incidenza del vantaggio conferito da uno Stato terzo a un’impresa.

Per quanto riguarda le forme nelle quali può presentarsi l’elemento del contributo finanziario, il regolamento fa riferimento alle seguenti ipotesi: il trasferimento di fondi e passività, la rinuncia a entrate altrimenti dovute e la fornitura o l’acquisto di beni e servizi (art. 3, par. 2, prima parte). Questa previsione fa il paio con la disposizione secondo

¹⁷ Cfr. V. DI COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell’Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2009, p. 133 ss.

¹⁸ Sulla nozione di aiuto di Stato, cfr. C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, II ed., 2014, p. 1145 ss. In giurisprudenza, di recente, v. sentenza della Corte del 12 gennaio 2023, cause riunite C-702/20 e C-17/21, *DOBELES HES*, punto 31.

cui le sovvenzioni estere concesse da un paese terzo comprendono i contributi finanziari erogati dall'amministrazione centrale e dalle autorità pubbliche a tutti gli altri livelli, da un soggetto pubblico straniero le cui azioni possono essere attribuite al paese terzo e da un soggetto privato le cui azioni possono essere attribuite al paese terzo (art. 3, par. 2, seconda parte).

Due *caveat* sono però d'obbligo. In primo luogo, il concetto di contributo finanziario è più ristretto della nozione di aiuto di Stato, pur ispirandosi a quest'ultima. Difatti, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che la nozione di aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE abbraccia tutti gli interventi che in varie forme alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa¹⁹. In secondo luogo, un contributo finanziario di uno Stato terzo erogato esclusivamente a favore delle attività non economiche di un'impresa non può essere ricondotto alla nozione di sovvenzione estera, mentre l'utilizzo di tale contributo per il sovvenzionamento incrociato delle attività economiche dell'impresa potrebbe rientrare nel cono d'ombra del regolamento.

Per accertare poi la distorsione al mercato interno, vista la complessità della realtà commerciale, si richiede di prendere in considerazione diversi elementi, quali l'importo e la natura della sovvenzione, la situazione dell'impresa (ivi compresa la sua dimensione) e dei mercati e settori interessati, il livello e l'evoluzione dell'attività economica dell'impresa nel mercato interno e la finalità della sovvenzione estera e le condizioni cui è subordinata, nonché il suo utilizzo nel mercato interno.

In ossequio ad un consolidato indirizzo di stampo sostanzialista, queste ampie nozioni sono mitigate da alcune previsioni volte a rendere meno rigorosa l'applicazione del regolamento in relazione a quelle sovvenzioni che non incidono in modo significativo sulla concorrenza. In tal senso, il regolamento prevede una presunzione sull'assenza di distorsione nell'ipotesi in cui la sovvenzione estera non superi

¹⁹ Sentenza della Corte del 21 marzo 2013, causa C-405/11 P, *Commissione c. Buczek Automotive*, punto 30 (non pubblicata); del 16 luglio 2015, causa C-39/14, *BVVG*, punto 26; del 20 settembre 2017, causa C-300/16 P, *Commissione c. Frucona Košice*, punto 20; del 4 marzo 2021, causa C-362/19 P, *Commissione c. Fútbol Club Barcelona*, punto 59.

l'importo di un aiuto *de minimis*, così come ritiene improbabile, anche se non escluso in radice, che una sovvenzione estera al di sopra della soglia dei quattro milioni di euro nell'arco di tre anni consecutivi possa sollevare preoccupazioni per il mercato interno. In linea poi con la deroga applicabile *de jure* al divieto di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE, il regolamento esclude che la sovvenzione erogata per far fronte a calamità naturali o eventi eccezionali possa determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

Al di là di queste presunzioni e deroghe, nella valutazione delle sovvenzioni estere la Commissione ha il compito di verificare se prevalgono effetti negativi sulla concorrenza o gli effetti positivi per l'interesse generale dell'Unione europea, come ad esempio il contributo allo sviluppo economico o la realizzazione di obiettivi politici dell'Unione. È verosimile che questo complesso bilanciamento darà nuova linfa al dibattito scientifico, risultando opportuna una riflessione tanto sul margine di manovra attribuito alla Commissione europea quanto sull'estensione nell'ambito della politica commerciale di quello orientamento elaborato della Corte di giustizia in tema di concorrenza, volto a fornire una lettura più economica dei comportamenti delle imprese e degli Stati²⁰. Non solleva, invece, particolari problemi il contenuto dei rimedi utilizzabili laddove gli effetti negativi della sovvenzione estera prevalgano su quelli positivi. Non diversamente dalla politica della concorrenza, infatti, la Commissione può accettare impegni e imporre misure di riparazione, purché siano proporzionati e pongano rimedio, pienamente ed efficacemente, alla distorsione effettiva o potenziale causata dal contributo finanziario estero sul mercato interno. Se continuerà sulla falsariga della strada già intrapresa in ambito antitrust, la Commissione privilegerà un approccio pragmatico ma, al tempo stesso, non permissivo nei confronti delle sovvenzioni riconosciute nocive per il mercato interno.

4. Il primo ambito di intervento della Commissione europea a tutela della resilienza e della competitività delle imprese europee è costituito dall'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere. Va qui precisato che la

²⁰ Cfr., in tema di sconti, la sentenza del Tribunale del 26 gennaio 2022, causa T-286/09 RENV, *Intel Corporation Inc. c. Commissione*.

Commissione può esaminare d'ufficio le informazioni provenienti da qualsiasi fonte, ma la sua valutazione in merito agli appalti pubblici è circoscritta a quelli aggiudicati e non comporta l'annullamento della decisione di aggiudicazione o la risoluzione dell'appalto (art. 9, par. 2), non dovendosi sovrapporsi all'altro procedimento speciale dedicato alle procedure concorsuali.

Siffatto strumento consente all'istituzione dell'Unione inizialmente di avviare una fase preliminare e successivamente, nel caso in cui disponga di elementi sufficienti, di aprire un'indagine approfondita, che può concludersi con l'imposizione di misure di riparazione o con l'accettazione di impegni. Come avviene in altri procedimenti amministrativi dell'Unione, la prima fase è poco trasparente e il suo avvio deve essere comunicato agli Stati membri che abbiano notificato una procedura nazionale a norma del regolamento 2019/452 (art. 10, par. 2), mentre l'apertura di un'indagine approfondita deve essere portata a conoscenza anche dell'impresa oggetto dell'indagine, degli Stati membri e, se ha ad oggetto una procedura di appalto pubblico, dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, pubblicando un avviso sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in modo da consentire pure alle altre imprese interessate di manifestare il loro punto di vista (art. 10, par. 3).

Al fine di garantire l'*enforcement* del controllo delle sovvenzioni estere, appare fisiologico che siano stati attribuiti alla Commissione europea dei poteri analoghi a quelli esercitati da quest'istituzione nell'ambito del diritto antitrust e della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese. In questa prospettiva, la Commissione europea beneficia di ampi poteri di indagine, quali la richiesta di informazioni e le ispezioni in loco all'interno dell'Unione (art. 12) e al suo esterno (art. 13), e può adottare misure provvisorie. A differenza però dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che si caratterizza per un elevato livello di decentramento e per la coesistenza di vari procedimenti, i quali si svolgono sia a livello dell'Unione che nazionale ad opera di autorità amministrative e giudiziarie, il regolamento si contraddistingue per un accentramento del sistema di controllo nelle mani della Commissione, in considerazione della competenza esclusiva dell'Unione in tema di politica commerciale comune. Sotto questo profilo, l'esame d'ufficio delle *unfair trade practices* e, come vedremo, le altre forme di controllo

delle sovvenzioni estere sembrano avvicinarsi maggiormente al procedimento di controllo degli aiuti di Stato alle imprese piuttosto che a quelli inerenti alle intese, all'abuso di posizione dominante e alle tradizionali concentrazioni di dimensione comunitaria²¹, giacché la valutazione è devoluta alla competenza esclusiva della Commissione e non prevede un coinvolgimento delle autorità nazionali nel giudizio di compatibilità dei contributi finanziari per evitare un'applicazione non uniforme del regolamento negli Stati membri. In effetti, nell'esame d'ufficio delle sovvenzioni estere la Commissione si limita a comunicare l'avvio dell'esame preliminare delle sovvenzioni estere soltanto agli Stati membri che l'abbiano informata sull'esistenza o sull'avvio di una procedura nazionale pertinente (art. 10, par. 2), senza però procedere, o almeno così sembra, ad alcuna forma di rinvio alle autorità interne, proprio al fine di evitare che queste ultime possano procedere in ordine sparso nei casi più rilevanti per l'interesse generale dell'Unione. È chiaro, comunque, che questa procedura troverà nella giurisprudenza della Corte e nella prassi della Commissione una più articolata e compiuta definizione, garantendo principi ormai acquisiti e consolidati nel diritto dell'Unione, nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

5. Volgendo lo sguardo alle “nuove” concentrazioni, viene istituito un procedimento di controllo che si fonda pur sempre sul binomio nozione-dimensione dell'operazione societaria, in quanto trova attuazione in caso di fusioni, acquisizioni o costituzione di imprese comuni che superino determinate soglie, più basse di quelle attualmente previste dal regolamento 139/2004. Quanto all'ipotesi problematica dell'acquisizione del controllo, rimane fermo che tale situazione si realizza in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'impresa. In relazione poi alla dimensione della concentrazione, si richiede che siano soddisfatte due condizioni cumulative: a) l'impresa

²¹ Cfr. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, p. 238; G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, Torino, 2021, pp. 366 e 379.

acquisita, l'impresa comune o almeno una delle parti nel caso di fusione, è stabilita nell'Unione e vi realizza un fatturato di almeno 500 milioni di euro e b) le imprese interessate hanno ricevuto da paesi terzi contributi finanziari combinati di importo superiore a 50 milioni di euro nei tre anni anteriori all'operazione (art. 20, par. 3). Nondimeno, la flessibilità del controllo è garantita dalla facoltà attribuita alla Commissione di richiedere la notifica preventiva di una concentrazione non soggetta ad obbligo di notifica, in qualsiasi momento prima della sua realizzazione, qualora sospetti che alle imprese interessate possano essere state concesse sovvenzioni estere nei tre anni precedenti questa operazione societaria.

Siffatta previsione sembra porsi in sintonia con il recente orientamento della Corte di giustizia, che ha ritenuto applicabile il divieto di abuso di posizione dominante anche alle operazioni di concentrazione sottosoglia, rivitalizzando così la fattispecie dell'abuso di struttura²². Sulla base della stessa *ratio*²³, il nuovo regolamento prevede una valvola di sicurezza a tutela del mercato interno in relazione a quelle sovvenzioni estere che formalmente non dovrebbero rientrare nella sfera di applicazione del controllo della Commissione europea.

Sul piano procedurale, la Commissione disporrà di un termine congruo per il suo scrutinio: 25 giorni lavorativi dalla ricezione di una notifica completa per esaminare la concentrazione (fase 1) e 90 giorni lavorativi in caso di avvio di un'indagine approfondita (fase 2), che potranno essere estesi per un ulteriore periodo di 15 giorni lavorativi nel caso in cui l'impresa interessata proponga impegni. I termini sono simili a quelli del tradizionale controllo delle concentrazioni ed è prevedibile che anche alcuni concetti chiave (ad esempio, la definizione di concentrazione o il calcolo del fatturato) siano declinati dalla Commissione facendo riferimento alla consolidata prassi applicativa

²² Sentenza della Corte del 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast*, su cui v. O. PALLOTTA, *La Corte di giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura*, in *I Post di AISDUE*, 26 aprile 2023.

²³ Per quanto riguarda le concentrazioni sotto-soglia che rientrano nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, v. delibera AGCM 13 dicembre 2022, n. 30407, comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in *Bollettino AGCM* n. 46 del 27 dicembre 2022.

del regolamento 139/2004, ma i due procedimenti e i relativi test valutativi rimangono autonomi e distinti²⁴, con la conseguenza che tali procedimenti potranno procedere parallelamente e pervenire, almeno in linea di principio, a conclusioni differenti.

Il nuovo regolamento prevede altresì delle decisioni finali analoghe a quelle stabilite dal regolamento 139/2004 e utilizza strumenti ampiamente sperimentati in relazione alle sanzioni antitrust. Insomma, non sembrano riscontrarsi elementi di novità nella parte in cui il regolamento prevede che al termine del procedimento la Commissione possa, alternativamente, decidere di i) non sollevare obiezioni alla concentrazione; ii) vietare la concentrazione in quanto le sovvenzioni estere sono ritenute distorsive del mercato interno e iii) accettare gli impegni offerti dalle imprese per rimediare alla distorsione. Sempre in linea di continuità con il regolamento 139/2004, se viene constatato che una concentrazione soggetta a obbligo di notifica o notificata su richiesta della Commissione sia già stata realizzata e che le sovvenzioni estere siano distorsive del mercato interno, la Commissione può ordinare alle imprese di dissolvere la concentrazione o disporre altre misure di ripristino della situazione quo ante.

Nel solco già tracciato in materia di concentrazioni, sono altresì previste sanzioni fino all'1% del fatturato nel caso di informazioni inesatte o fuorvianti rese in sede di notifica o in un'integrazione successiva e sanzioni fino al 10% del fatturato per i casi di mancata notifica della concentrazione, realizzazione della concentrazione prima della decisione della Commissione, violazione del divieto di concentrazione eventualmente imposto con la decisione e realizzazione di operazioni finanziarie per eludere l'obbligo di notifica.

Completa il quadro disegnato dal nuovo regolamento un sistema di controllo *ex ante* delle sovvenzioni estere che consentono a un operatore economico di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa in relazione a lavori, forniture o servizi oggetto di una procedura di appalto pubblico. Il regime di notifica obbligatoria per queste procedure concorsuali funziona in modo analogo a quello per le

²⁴ Cfr. E. DE SMIJTER, *There's a New Kid in Town: The Foreign Subsidies Regulation* (Editorial), in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, vol. 13, n. 8, p. 530.

concentrazioni se si considera che ha lo scopo di informare la Commissione delle potenziali distorsioni arrecate dalla sovvenzione al mercato interno da accertare nelle fasi successive del procedimento. Tuttavia, questa procedura non coincide esattamente con quella delle concentrazioni, poiché il suo efficace funzionamento si fonda sul dialogo e la cooperazione tra la Commissione europea, da un lato, e le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori, dall'altro.

Più in dettaglio, le imprese che partecipano a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nell'Unione europea, nonché i subappaltatori principali e i fornitori principali (che forniscono elementi essenziali ai fini dell'esecuzione dell'appalto e il cui contributo supera il 20% del valore dell'offerta presentata) sono tenuti a notificare alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori tutti i contributi finanziari esteri ricevuti nei tre anni precedenti, o attestare di non averne ricevuti, se sono soddisfatte due condizioni: l'appalto ha valore pari o superiore a 250 milioni di euro; l'impresa ha ricevuto in tale arco temporale contributi finanziari totali pari o superiori a 4 milioni di euro. La notifica o la dichiarazione viene poi trasmessa senza indugio dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore alla Commissione, che ne esamina il contenuto. La guardiana dei trattati ha anche in tal caso il potere di richiedere la comunicazione dei contributi finanziari esteri al di sotto delle soglie stabilite, qualora vi sia un fondato sospetto di impatto distorsivo. Sennonché, dopo una verifica preliminare, la Commissione può avviare un'indagine approfondita, informandone l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico interessato. Stando così le cose, non si può fare a meno di rilevare che il coinvolgimento della Commissione riduce il rischio di favoritismi e corruzioni nell'aggiudicazione degli appalti, ma accresce la preoccupazione di un allungamento dei tempi di conclusione della procedura concorsuale. Se è vera quest'ultima preoccupazione, va nondimeno considerato che l'indagine si deve concludere entro 110 giorni e, in attesa della valutazione da parte della Commissione, tutte le fasi della procedura di appalto pubblico possono proseguire, anche se l'appalto non può essere aggiudicato (c.d. obbligo di sospensione).

Questa procedura si fonda sulla collaborazione tra la Commissione e l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, ma la decisione finale in merito all'incidenza della sovvenzione estera

sull'appalto spetta pur sempre all'istituzione dell'Unione, la quale può accettare gli impegni eventualmente offerti dall'impresa per rimuovere pienamente le distorsioni del mercato interno oppure, in mancanza di impegni idonei, vietare l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa in questione. Il sistema di ammende e penalità di mora è simile a quello previsto dalla nuova disciplina sulle concentrazioni (fino all'1% del fatturato in caso di informazioni inesatte o fuorvianti e fino al 10% del fatturato in caso di violazione o elusione dell'obbligo di notifica), mentre per l'esame d'ufficio delle sovvenzioni le percentuali delle sanzioni sono parzialmente differenti, in quanto modulate in relazione alle peculiarità di questa procedura di controllo.

Per quanto riguarda le sanzioni previste dal regolamento in relazione a tutti gli strumenti di controllo affidati alla Commissione, potrebbe porsi la questione generale della loro applicazione nell'ipotesi di modifica della natura giuridica o organizzativa dell'impresa sovvenzionata che abbia commesso l'infrazione. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia antitrust ha chiarito che tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se vi è identità fra i due enti sotto l'aspetto economico²⁵. La stessa soluzione dovrebbe applicarsi in tema di sovvenzioni estere, giacché l'obiettivo perseguito dal nuovo regolamento e l'effetto utile della sua normativa sarebbero inevitabilmente compromessi se le imprese potessero sottrarsi alla loro responsabilità per la semplice modifica della loro identità a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre trasformazioni di natura giuridica o organizzativa.

6. Tirando le somme del discorso sin qui condotto, che appare necessariamente lacunoso, in quanto risulta prematuro fare dei bilanci ed esprimere un giudizio valutativo compiuto in merito all'efficacia e all'idoneità dei nuovi strumenti a realizzare gli obiettivi perseguiti, occorre comunque evidenziare che sembrano riscontrabili nel

²⁵ Sentenza della Corte del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e a.*, con nota di 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 *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2020, p. 411 ss.

regolamento molte luci e qualche zona d'ombra. La strada indicata dal legislatore dell'Unione appare quella giusta, in quanto il nuovo sistema di “*track & tracing*” introduce dei cambiamenti positivi per il mercato interno e la sana concorrenza fondata sui meriti. Nondimeno, soltanto la prassi, l'adozione di atti di *soft law* e la giurisprudenza della Corte di giustizia, che si preannuncia abbondante e complessa, potranno risolvere due principali ordini di problemi, oltre quello inerente all'efficacia retroattiva del regolamento, che comunque è destinato a risolversi con il passare del tempo.

In primo luogo, è indubbio che il regolamento determinerà un aumento considerevole degli oneri amministrativi delle imprese e, al tempo stesso, del carico di lavoro della Commissione europea, con l'istituzione di tre nuovi procedimenti amministrativi speciali la cui piena comprensione richiede competenze altamente qualificate²⁶. Basti pensare, a titolo esemplificativo, che una stessa operazione potrebbe essere soggetta a tre diversi procedimenti: la procedura di controllo delle concentrazioni, la verifica degli investimenti esteri diretti e il controllo delle sovvenzioni estere, ognuna caratterizzata da tempistiche e regole procedurali diverse. Pur condividendo pienamente l'esigenza di regolamentare le sovvenzioni estere, tale preoccupazione è reale e va tenuta in debito conto. L'imminente approvazione di un regolamento di esecuzione dovrebbe dare una risposta a queste e altre criticità che sono già emerse nel dibattito scientifico e nelle consultazioni pubbliche avviate dalla Commissione²⁷. Infatti, tale regolamento chiarirà gli aspetti pratici e procedurali relativi ai moduli di notifica, alle modalità di calcolo dei termini, all'accesso al fascicolo e ai diritti delle parti, ricomprendendo al suo interno anche due allegati indicativi delle numerose informazioni che le aziende dovranno fornire nell'ambito delle concentrazioni e degli appalti pubblici. Questi atti dovrebbero valorizzare la possibilità per le imprese interessate di instaurare un dialogo costruttivo con la Commissione prima della notifica e si

²⁶ Dello stesso avviso, S. CENTENO, I. VIGÓN, *Regulation (EU) 2022/2560 on foreign subsidies distorting the internal market*, in *perezllorca.com*, January 2023, p. 6.

²⁷ Il progetto del regolamento di esecuzione, i due allegati e le osservazioni delle parti interessate sono consultabili in ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13602-Sovvenzioni-estere-distorsive-norme-procedurali-per-valutarle_it.

potrebbero finanche ipotizzare delle deroghe per le informazioni che non sono ragionevolmente disponibili o non necessarie per lo *screening* della sovvenzione, nella ricerca di un giusto equilibrio tra la tutela efficace del mercato interno e la necessità di limitare gli oneri amministrativi. Ad ogni modo, verranno adottati degli atti di *soft law* per promuovere la prevedibilità del quadro giuridico e, quindi, far conoscere agli operatori economici gli orientamenti sugli elementi fondamentali del sistema di controllo delle sovvenzioni estere (art. 46), e tali orientamenti saranno preceduti da adeguate consultazioni con le parti interessate e gli Stati membri, nell'ottica di favorire la partecipazione democratica.

In secondo luogo, vi è la preoccupazione che gli Stati terzi possano reagire dando vita a una spirale di iniziative protezionistiche, con conseguenti ripercussioni negative per le imprese dell'Unione, ivi comprese quelle italiane, attive nei mercati esteri o intenzionate ad espandersi al di fuori dei confini del mercato interno. L'obiettivo è invece quello di realizzare anche in relazione alla nuova disciplina antisovvenzioni il c.d. "effetto Bruxelles"²⁸, vale a dire che l'Unione europea si propone di influenzare altre organizzazioni internazionali e Stati terzi innescando cambiamenti legislativi e regolamentari per contrastare forme di protezionismo economico e commerciale. L'Unione europea si è attivata in tal senso per riformare l'Organizzazione Mondiale del Commercio, ma intende, al tempo stesso, difendere fermamente i propri interessi e far valere i propri diritti, anche autonomamente, ove necessario²⁹. In questa prospettiva, è auspicabile che la Commissione europea metta a frutto l'esperienza maturata nell'ambito del diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato alle imprese nell'attuazione delle norme del regolamento sulle sovvenzioni estere. Il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia offre ampie garanzie tanto che l'applicazione del nuovo regolamento risulti, *ça va sans dire*, ragionevole ed equilibrata quanto che vengano rispettati i diritti (fondamentali e non) delle imprese interessate.

²⁸ In questi termini, v. A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021.

²⁹ Secondo L. HORNKOHL, "the EU wants to use the FSR to revive multilateral discussions on subsidy control at WTO level" (*op. cit.*, p. 15).

C'è da porsi però la domanda fondamentale se l'attività della Commissione possa in qualche modo orientare le sovvenzioni estere in modo da favorire la realizzazione dell'agenda politica dell'Unione, che negli ultimi anni si è focalizzata principalmente sulla regolamentazione dei prezzi dei combustibili fossili e sugli incentivi alla transizione digitale ed ecologica. In altre parole, potrebbe progressivamente emergere la rilevante distinzione tra le sovvenzioni estere innovative e funzionali agli obiettivi perseguiti dall'Unione, da ritenere compatibili con il mercato interno, e quelle vietate che alterano la concorrenza³⁰. Tuttavia, non è al momento agevole prevedere gli sviluppi futuri del nuovo regolamento e soltanto i prossimi anni ci mostreranno la strada che le istituzioni dell'Unione intenderanno effettivamente percorrere. Certo è che la Commissione sarà l'unica autorità competente ad applicare il regolamento, sotto il controllo della Corte del *Kirchberg*, e nessuno Stato potrà fare da solo per risolvere la complessa questione delle distorsioni arrecate dalle sovvenzioni estere al mercato interno e alla concorrenza.

³⁰ Ispirandosi al *traffic light approach* dell'Accordo SCM del 1994, si potrebbero distinguere le sovvenzioni in tre diverse categorie, vale a dire quelle vietate (c.d. luce rossa), quelle che possono essere autorizzate (c.d. luce arancione) e infine quelle escluse dal divieto (c.d. luce verde). In questi termini, cfr. V. DI COMITE, *op. cit.*, p. 156.