



L'effettività degli strumenti di *private enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato tra autonomia procedurale e nuove frontiere di cooperazione tra gli attori coinvolti

Raffaele Palermo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *private enforcement* della disciplina sugli aiuti di Stato. – 2.1. *Segue*: il riparto di competenze quale cardine del sistema. – 3. Il perimetro dei poteri del giudice nazionale alla luce del riparto: alcuni profili problematici. – 3.1. *Segue*: gli aiuti illegali ma compatibili. – 3.2. *Segue*: illegalità e regolamenti di esenzione. – 3.3. *Segue*: la vincolatività della decisione di apertura del procedimento di indagine formale. – 4. Possibili correttivi per mezzo di strumenti normativi e di *soft law*. – 5. Conclusione.

1. Nell'ambito della strategia di modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato¹, che si pone l'obiettivo di contribuire all'interno del mercato unico alla transizione verso un sistema economico intelligente, sostenibile ed integrato, si asserisce, da un lato, la necessità

* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Padova e la *Julius-Maximilian Universität Würzburg*.

¹ COM (2012) 209final, dell'8 maggio 2012, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE.

di garantire, da parte degli Stati membri, un'allocazione efficiente delle risorse statali che minimizzi l'eventuale effetto distorsivo sulla concorrenza, dall'altro si evidenzia l'esigenza di condurre un controllo sugli aiuti più mirato e capillare nonché incentrato su quelle misure che presentano un maggiore impatto sul mercato interno. Questi obiettivi sono stati gradualmente implementati tramite numerosi strumenti normativi e di *soft law*, i quali, ruotando attorno al *more defined economic approach*² hanno inteso rendere più coerenti ed uniformi i criteri che concorrono alla valutazione di una misura statale da parte della Commissione in tal modo rendendo più certa anche l'azione degli Stati membri nell'esecuzione e nel controllo degli aiuti stessi, sui quali grava, indirettamente, una maggiore responsabilità in tale ambito. Giova infatti distinguere da un lato gli atti, quali i regolamenti di esenzione *GBER*³ e *de minimis*⁴, in cui la misura statale, in quanto rispondente ai requisiti e alle soglie ivi fissate preliminarmente in astratto, è da considerarsi in concreto compatibile con il mercato interno *ex art. 107 TFUE* e dunque esente da notifica ai sensi dell'art. 108 TFUE. Dall'altro spiccano, sempre più numerosi, strumenti propriamente di *soft law* quali linee guida, comunicazioni settoriali e quadri temporanei che vincolano la sola Commissione nell'ambito dell'esame di compatibilità, alla quale gli aiuti adottati nei settori di pertinenza debbono comunque essere notificati ai fini di un vaglio positivo in vista della loro esecuzione da parte della autorità nazionale erogante. Si delinea pertanto un quadro in cui, fermo restando il monopolio esclusivo attribuito alla Commissione dal TFUE agli artt. 107 e 108, come riconosciuto da quest'ultima nella summenzionata

² Per esigenze di brevità è possibile riassumere questo approccio come mirante a perseguire, all'esito della valutazione di un aiuto, una ponderazione tra gli effetti positivi e quelli negativi della misura in esame. Esso è stato per la prima volta consacrato nel "Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato — Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 – COM (2005) 107". Per un'analisi più approfondita *ex multis* A. BARTOSCH, *EU-Beihilfenrecht*, Munich, 2020, p. 7 ss.

³ Regolamento (UE) 651/14 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato.

⁴ Regolamento (UE) 1407/13 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti "*de minimis*".

“Modernizzazione degli aiuti di Stato”⁵, diviene imprescindibile una collaborazione ed uno scambio costanti tra Commissione stessa e Stati membri⁶ al fine di creare un sistema di controllo, limitatamente a questi ultimi *ex ante*, capillare ed efficace ad ogni livello e promuovere quegli aiuti che mirino a sanare i fallimenti del mercato.

2. Alla luce del sempre crescente numero di categorie di aiuti esentati dall'obbligo di notifica⁷ e dunque sottoposti ad un controllo *ex ante* da parte delle autorità eroganti per la verifica della rispondenza ai criteri formulati in astratto nella normativa di specie, si rende necessaria una corretta applicazione della stessa, su cui sono primariamente chiamati a vigilare i giudici nazionali. Dinanzi ad essi, infatti, i privati possono proporre un ricorso lamentando la violazione dell'obbligo di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3 TFUE, disposizione a cui la Corte ha sin dall'inizio riconosciuto effetto diretto⁸. Si tratta invero di una norma incondizionata, sufficientemente chiara e precisa.

Il profilo dell'effetto diretto riconosciuto all'ultimo capoverso dell'art. 108, par. 3, TFUE, risulta rilevante innanzitutto nella ricostruzione dei rapporti insistenti tra i soggetti coinvolti nell'ambito di un procedimento di *private enforcement*, circostanza che consente di chiarire successivamente alcune questioni in materia. Dalla struttura e

⁵ COM (2012) 209final, cit., “Qualora la Commissione decida di aumentare l'entità e la portata di misure di aiuto esentate dall'obbligo di notifica, aumenterebbero le responsabilità degli Stati membri nel garantire la corretta applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato”.

⁶ A titolo di esempio si citi il protocollo sottoscritto il 3 giugno 2016 tra la Commissione europea e il Dipartimento per le Politiche Europee presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, noto come “*Common understanding on strengthening the institutional setup for State aid control in Italy*” che fa propri tali principi e si propone di irradiarli all'interno dell'amministrazione centrale.

⁷ Da ultimo la revisione di alcune disposizioni del regolamento *GBER* per esigenze di armonizzazione in particolare con le Linee Guida in materia di aiuti di Stato in favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022 (2022/C 80/01) e con il *Green Deal Industrial Plan*; www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1523.

⁸ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa Enel*, che ha dapprima riconosciuto la sola efficacia diretta dell'obbligo di *standstill* a seguito dell'avvenuta notifica della misura; successivamente la sentenza della Corte dell'11 dicembre 1973, causa C-120/73, *Lorenz*, punto 8, ne ha esteso temporalmente il perimetro, andando a riconoscere effetto diretto anche all'obbligo di *standstill* in assenza di previa notifica. Per un'esegesi sulle condizioni dell'efficacia diretta si veda S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.

dalle rubriche del capo I dedicato alla disciplina della concorrenza all'interno del TFUE si ricava la suddivisione tra regole di concorrenza applicabili alle imprese e quelle applicabili invece agli Stati membri. Il quadro normativo sugli aiuti di Stato ha notoriamente quali destinatari esclusivi questi ultimi, i quali sono tenuti a notificare gli aiuti nuovi e a non eseguirli fintantoché non sia intervenuta una decisione positiva della Commissione. Laddove tali norme dovessero essere disattese, proprio in virtù dell'efficacia diretta della norma, ai concorrenti viene riconosciuta la possibilità di far valere tale violazione e questo all'interno di un giudizio che avrà quale convenuto lo Stato membro. Ora, non si può tacere la circostanza che le risultanze del processo che dovessero accertare la sussistenza della violazione provocherebbero effetti deleteri non tanto nei confronti dello Stato, quanto piuttosto a danno della posizione giuridica soggettiva del beneficiario, il quale, tuttavia, non è parte del giudizio. Si vuole qui in sostanza sottolineare una particolare triangolazione che si viene a creare nell'ambito di tale disciplina, in cui ad un diritto azionabile in capo al concorrente e fatto valere nei confronti dell'autorità statale erogante non corrisponde uno speculare obbligo giuridico in capo al beneficiario⁹. Questo, tuttavia,

⁹ Sentenza della Corte dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, punti 73-74: "In primo luogo, l'obbligo di notifica e il divieto di attuazione immediata dei progetti di aiuto previsti dall'art. 93, n. 3, hanno come destinatario lo Stato membro. In secondo luogo, è sempre quest'ultimo cui è diretta la decisione con la quale la Commissione dichiara un aiuto incompatibile e invita a sopprimerlo entro un dato termine. Stando così le cose, il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per far sorgere la responsabilità del beneficiario che non ha verificato se l'aiuto ricevuto sia stato debitamente notificato alla Commissione". Sul punto anche C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 169, secondo cui "Non si potrebbe esigere dal beneficiario dell'aiuto di auto-disapplicare la normativa interna adottata in violazione del Trattato", rinunciando di fatto alla concessione dell'aiuto in virtù della sua illegalità. A proposito dell'assenza di responsabilità del beneficiario, senza volersi addentrare sulla dibattuta questione relativa all'obbligo di diligenza che dovrebbe guidare l'*accipiens* e al connesso problema della tutela del legittimo affidamento, si ricordi la celebre sentenza della Corte del 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan*, in cui si afferma (punto 25) che "sebbene non contrasti con l'ordinamento giuridico comunitario una legislazione nazionale che garantisce la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in materia di ripetizione, si deve tuttavia rilevare che, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 93 del Trattato, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti,

viene in essere, seppur su un diverso piano, solo nel momento in cui egli, sulla base di una decisione negativa della Commissione o anche, in una fase precedente, in ossequio ad una decisione del giudice nazionale che accerta l’illegalità dell’aiuto ex art. 108, par. 3, TFUE, deve confrontarsi con l’atto esecutivo di recupero dell’aiuto illegittimamente percepito, dovendone restituire l’importo, salva la facoltà di impugnare l’atto stesso dinanzi al giudice nazionale¹⁰.

Ritornando brevemente alle caratteristiche dell’efficacia diretta, limitatamente alla sufficiente chiarezza e precisione, l’unico dubbio che potrebbe insorgere è se effettivamente, nel caso concreto, si tratti di un aiuto ai sensi dell’art. 107 TFUE e non invece di una fattispecie diversa, imponendo la norma agli Stati membri di effettuare la notifica dei soli aiuti nuovi; oppure ancora, se, trattandosi di una misura statale cui non era stato riconosciuto il carattere dell’aiuto, la stessa, a seguito di mutamenti nella prassi applicativa o nella legislazione di origine, non presenti invece i caratteri di un aiuto ai sensi dell’art. 107 TFUE. L’incertezza sulla natura di aiuto di una misura statale coinvolge necessariamente anche il giudice nazionale¹¹, chiamato a trarre tutte le

deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata”. Si trattava, nel caso di specie, di stabilire se il beneficiario raggiunto dall’ordine di recupero potesse invocare l’illegittimità della revoca dell’atto di concessione dell’aiuto in ossequio alla decisione di recupero e ciò sulla base del legittimo affidamento riposto nella legalità dell’atto stesso, indicato quale uno dei limiti alla revoca degli atti amministrativi dal §48 *Abs. 2 VwVerfG*. Le Corti tedesche si sono conformate a tale giurisprudenza, anche sulla base dell’assunto che *einem sorgfältigen Gewerbetreibenden soll es danach regelmäßig möglich sein, sich über die Einhaltung des Verfahrens Gewissheit zu verschaffen. Dies gelte insbesondere deshalb, nachdem die Kommission in einer Mitteilung [...] potenzielle Empfänger von staatlichen Beihilfen darüber unterrichtet habe, dass sie bei missbräuchlich gewährten Beihilfen damit rechnen müssten, diese gegebenenfalls zurückzahlen. Dem Betroffenen werden deshalb umfangreiche Erkundigungspflichten auferlegt, wonach sich der Empfänger einer Beihilfe im Fall der unterbliebenen Notifikation nicht auf die Endgültigkeit der Beihilfegewährung verlassen kann [...] in Rückforderung von gemeinschaftswidrig gewährten Beihilfen* – *LG Rostock*, sentenza del 23 luglio 2002 – 4 O 468/01, *VIZ* 2002, 632.

¹⁰ Nel nostro ordinamento le controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. z-*sexies* c.p.a.

¹¹ Seppur con riferimento alla fattispecie del risarcimento del danno subito, da parte del concorrente, per l’erogazione prematura ed illegale dell’aiuto, senza che sia necessariamente intervenuta una decisione negativa della Commissione, si veda anche F. BESTAGNO, *L’azione risarcitoria come strumento di private enforcement della disciplina di diritto UE sugli aiuti di Stato*, in *Diritto del commercio internazionale*,

conseguenze da una violazione dell'obbligo di notifica, nonché, eventualmente, anche il concorrente non beneficiario, nei confronti del quale, laddove non dovesse essere riconosciuta dal giudice la natura di aiuto, verrebbe meno anche la *causa petendi* alla base del ricorso, non venendo dunque riconosciuta la lesione della situazione giuridica soggettiva dovuta, asseritamente, alla prematura concessione dell'aiuto. Tuttavia, con riguardo a simili fattispecie, la Commissione e la Corte di giustizia hanno costantemente affermato che, anche in caso di minimo dubbio, le autorità eroganti debbono notificare l'aiuto alla Commissione; i giudici invece, da parte loro, debbono comunque dare applicazione al divieto di cui all'art. 108, par. 3 TFUE, per non svuotare di ogni efficacia il sistema di controllo sugli aiuti di Stato.

2.1. Ciò considerato, laddove ad una misura che soddisfa i requisiti di cui all'art. 107 TFUE sia stata data esecuzione, nonostante non rientri tra quelle che godono dell'esenzione di cui ai regolamenti *GBER* e *de minimis* o comunque all'infuori di queste fattispecie, “spetta al giudice nazionale trarne tutte le conseguenze, conformemente al suo diritto nazionale, sia per quanto riguarda la validità degli atti che comportano l'attuazione delle misure di aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale norma”¹². Il giudice nazionale, per ristabilire lo *status quo ante* rispetto ad un aiuto illegale, può dunque ordinare, laddove sussistano le condizioni anche già in via cautelare, la sospensione dell'erogazione dell'aiuto oppure il recupero dello stesso e il versamento in un conto bloccato nel caso di una misura di carattere economico-finanziario. Ne risulta allora una precisa suddivisione di competenze tra la Commissione e le Corti nazionali: mentre la prima gode di un monopolio esclusivo rispetto alla classificazione di una misura come aiuto di Stato e alla sua valutazione di compatibilità con il mercato interno, salvo il controllo della Corte, le seconde “non fanno altro che salvaguardare i diritti delle parti di fronte

2013, p. 623 ss., spec. p. 637: “[...] il termine “aiuto” costituisce una nozione giuridica che richiede un'opera interpretativa non banale, e che ben si può prestare a valutazioni del tutto discordanti nei singoli casi. È noto il contenzioso che circonda la ricostruzione della nozione di “aiuto di Stato”, e la possibilità o meno di ricondurre a tale categoria determinati provvedimenti statali”.

¹² *Ex multis* sentenza *SFEI*, cit., punto 40; sentenza della Corte del 21 ottobre 2003, causa C-261/01, *Van Calster*, punto 64.

ad un’eventuale inosservanza da parte delle autorità statali del divieto sancito”¹³ dall’art. 108, par. 3, TFUE. Si tratta di due aspetti caratterizzati da una notevole complementarità¹⁴, tanto più che la Commissione non dispone di alcun potere coercitivo¹⁵ che le consenta di rimediare alle conseguenze deleterie di un’esecuzione anticipata dell’aiuto e quindi di ripristinare la funzionalità del mercato in attesa della sua decisione.

Se siffatta complementarità risulta *prima facie* astrattamente ben definita, in quanto incardinata anche in una giurisprudenza costante, l’autonomia di cui godono i giudici nazionali nell’interpretazione di una determinata fattispecie e nell’applicazione delle norme di diritto interno nel caso concreto può produrre talvolta delle situazioni, cui tale suddivisione non risulta attagliarsi, *rectius*, in cui essa non sembra pienamente tener conto delle differenze inerenti al ruolo riservato al giudice nazionale nell’alveo stesso del *private enforcement* rispetto all’azione della Commissione disciplinata nei Trattati. In sostanza,

¹³ *Ex multis* sentenza della Corte del 21 novembre 1991, causa C-354/90, *FNCE*, punto 14; sentenza della Corte del 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, punto 38.

¹⁴ Sul punto anche C. SCHEPISI, *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*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2021, p. 134 ss., in cui si sottolinea uno sbilanciamento, in relazione al ruolo dei giudici nazionali, in favore del *public enforcement*. Si aggiunga che lo scopo che si prefigge quest’ultimo, data la sua affermata priorità, finisce in alcuni casi per svuotare di significato gli strumenti stessi di *private enforcement* a disposizione dei privati e conseguentemente anche il ruolo del giudice nazionale nella coerente applicazione del diritto dell’Unione con i mezzi forniti dall’ordinamento interno.

¹⁵ Il regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante “modalità di applicazione dell’articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea” prevede all’articolo 13 la facoltà per la Commissione di ordinare misure provvisorie nelle more dell’esame della misura, tuttavia da un lato l’esercizio di tale potere dipende anch’esso da un intervento del giudice nazionale, dall’altro esso risulta più circoscritto, quantomeno rispetto all’ingiunzione di recupero *ex par. 2*, essendo sottoposto a condizioni più stringenti rispetto a quelle annoverate dalla comunicazione del 2021 (par. 4.2.3.3) per il giudice nazionale. Quest’ultimo deve agire ogni qual volta riscontri l’illegalità dell’aiuto, pur non dovendo nutrire “alcun dubbio sull’esistenza di un aiuto di Stato” (più sopra ci si è già soffermati sulla sussistenza di eventuali dubbi in merito), ciononostante sembra non esservi alcuno spazio per considerazioni relative al *periculum in mora*, apparendo già così sufficiente la mera illegalità e, conseguentemente, anche se circoscritta, distorsione concorrenziale, della misura statale e quindi il rischio di un protrarsi della lesione, con il rischio, insito in un procedimento per la concessione di misure provvisorie, di uno sbilanciamento nella parità di condizioni garantita alle parti del processo.

salvaguardare i diritti delle parti di fronte ad una presunta violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE importa che il giudice nazionale si avvalga di tutti gli strumenti predisposti a tal fine dall'ordinamento, in modo da addivenire ad un risultato che tuteli sia il funzionamento del mercato interno sia la situazione giuridica soggettiva e del concorrente e del beneficiario dell'aiuto. Rispetto a tale delicato bilanciamento, su cui si innestano alcune questioni particolarmente rilevanti di seguito trattate, giova sottolineare che il sistema di *enforcement* della disciplina degli aiuti di Stato, sia esso pubblico o privato, non ha sperimentato un'armonizzazione delle norme di procedura come avvenuto invece nel settore *antitrust*¹⁶. Sicuramente il regolamento (UE) 1589/2015, non limitandosi ad una mera rifusione di quanto espresso dalla giurisprudenza in materia, ha consentito di creare un quadro uniforme per l'applicazione dell'art. 108 TFUE, cristallizzando, soprattutto tramite alcuni strumenti di *soft law* anche la prassi della Commissione e fornendo ausilio interpretativo agli operatori del diritto degli Stati membri. Tuttavia, non intendendo incidere sulle legislazioni nazionali in materia plasmandole in maniera uniforme, soprattutto con riferimento al *public enforcement* e dunque alla procedura di recupero

¹⁶ Limitatamente ai profili di *public enforcement* vedasi in particolare il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente "l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato", per mezzo del quale si attua una decentralizzazione nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE in favore delle autorità garanti della concorrenza e dei giudici nazionali. I. TACCANI, *The Scope of EU and National Competition Law: The Effect on Interstate Trade Criterion in Practice*, in B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 47: "Decentralization of the application of EU competition law and the convergence rules provided for in Article 3 of Regulation 1/2003 [...] in particular, by imposing on national competition authorities and national courts the obligations of parallel and coherent application of EU and national competition rules, [...] have in fact codified a supremacy standard that has forced national competition rules to conform to EU competition law when the two sets of rules are to be applied together". Tale sviluppo verso un'integrazione sempre più stretta è stato ulteriormente definito, sotto il profilo del *private enforcement*, con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 104/2014, 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" mediante la quale si rende effettivo, tramite il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, il diritto al risarcimento del danno in caso di violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, prevedendo anche disposizioni nel campo della disposizione delle prove e degli effetti delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza.

di un aiuto illegale ed incompatibile, ha confermato la sussistenza del principio di autonomia procedurale, lasciando così un ampio margine di manovra agli Stati membri nel prevedere gli strumenti più idonei per dare effettiva applicazione alla disciplina sugli aiuti. Un siffatto assetto, pur soggiacendo a dei contemperamenti¹⁷ ed al principio di leale cooperazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE¹⁸, soprattutto in una fase iniziale, quale quella interessata dal *private enforcement*, in cui il giudice nazionale, spesso in assenza di una decisione, anche solo provvisoria, della Commissione, si trova a valutare una fattispecie concreta, dovendo innanzitutto individuare gli eventuali elementi di aiuto *ex art.* 107 TFUE e verificare l’addotta violazione dell’art. 108, par. 3, TFUE, nonché bilanciare l’interesse delle parti avendo altresì riguardo a salvaguardare l’*effet utile* della norma in esame, potrebbe talvolta pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi che le norme del Trattato si pongono, sollevando dunque alcune antinomie tra l’ordinamento sovranazionale e quello dello Stato membro in cui la causa è incardinata¹⁹.

¹⁷ “[...] le disposizioni nazionali “non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni simili di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (principio di effettività)”, sentenza della Corte dell’11 novembre 2015, causa C-505/14, *Klausner Holz*, punto 40 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁸ “L’obbligo di assistenza reciproca derivante dall’articolo 4, paragrafo 3, del TUE, si applica anche ai giudici nazionali. [...] I giudici nazionali devono quindi adottare tutte le misure necessarie per garantire l’adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione europea e astenersi dall’adottare decisioni che possano compromettere il raggiungimento degli obiettivi del TUE e del TFUE”, comunicazione della Commissione relativa all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali - (2021/C 305/01), punto 18.

¹⁹ Sul punto, rimarcando anche le peculiarità dell’assetto di interessi in gioco in un procedimento di *private enforcement* in cui sono sì parti il concorrente del beneficiario e lo Stato membro, ma risentendo il beneficiario stesso anche della pronuncia del giudice, anche C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit., p. 291: “[...] a seconda dell’ottica in cui ci si pone – la tutela del concorrente, ovvero la difesa degli interessi del beneficiario – il rapporto tra l’effettività del diritto dell’Unione e l’applicazione delle norme procedurali o processuali dell’ordinamento interno può giungere a soluzioni del tutto eterogenee tra loro, cosicché non può essere individuato per la materia degli aiuti di Stato un modello unico di riferimento”. Seppur con riferimento al *public enforcement*, la cui evoluzione non può comunque non influire anche sulle sorti del *private enforcement* si veda anche M. MEROLA, *Rimedi per la violazione delle norme sugli aiuti di Stato: misure repressive o di ripristino*, Torino, 2018, p. 49: “[Il limite dell’autonomia procedurale] è stato vigorosamente ribadito

3. Si è dunque testé visto che il giudice nazionale, dinanzi al quale viene fatta valere la violazione dell'obbligo di *standstill*, deve trarne tutte le conseguenze concernenti e la validità degli atti con cui l'aiuto è stato eseguito e il recupero delle eventuali somme già versate. Questo implica innanzitutto che i giudici nazionali sono chiamati ad interpretare la nozione di aiuto²⁰, riscontrando innanzitutto se nella misura sottoposta al loro esame debbano rinvenirsi cumulativamente i cinque elementi sussunti all'art. 107 TFUE²¹. Allo stesso tempo, come già più sopra accennato, il giudice non può pronunciarsi sulla compatibilità dell'aiuto, il cui esame spetta in via esclusiva alla Commissione²², ma deve semplicemente “[...] salvaguardare gli

soprattutto dalla dottrina tedesca, la quale ha sostenuto che dall'art. [16 par. 3, reg. (UE) 1589/2015] non può farsi discendere un obbligo per lo Stato di sconfessare principi generali del proprio ordinamento giuridico, ma semmai di adottare norme *ad hoc* che concilino tali principi con i requisiti imposti dal legislatore dell'Unione. Si tratta, certo, di una sfumatura, ma non irrilevante: oltre a preservare la coerenza dell'ordinamento giuridico nazionale, l'accoglimento della tesi della dottrina tedesca qui evocata potrebbe far emergere differenze anche profonde tra le soluzioni predisposte dai vari legislatori nazionali e renderebbe di nuovo attuale la questione dell'eventuale armonizzazione delle pertinenti normative”. Senza voler ulteriormente indugiare su problematiche che concernono il *public enforcement*, tant'è che nel caso di specie si faceva riferimento alla decisione di esecuzione a livello nazionale di un ordine di recupero, si intende comunque ancora una volta sottolineare come simili argomenti risultino ancora più incisivi ed attuali nell'ambito del *private enforcement*, laddove al giudice nazionale, anche in forza del principio di autonomia procedurale, si attribuisce il potere di agire per salvaguardare l'efficacia pratica della violazione dell'*obbligo di standstill*, al tempo stesso, tuttavia, lo si intende limitare nell'esercizio dei suoi stessi poteri riconosciutigli dall'ordinamento interno, *rectius* intendendo proiettare questi ultimi quasi esclusivamente verso il perseguimento degli obiettivi che la norma dell'Unione intende perseguire, ovvero l'eliminazione della prematura erogazione dell'aiuto e dei suoi effetti distorsivi, con il rischio che ulteriori esigenze di tutela altrettanto rilevanti a livello ordinamentale passino in secondo piano.

²⁰ A tal fine soccorre la comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01).

²¹ Sentenza della Corte del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, punto 39: “Per poter determinare se una misura statale sia stata instaurata violando l'art. 88, n. 3, CE, un giudice nazionale può essere indotto a interpretare la nozione di aiuto di cui all'art. 87, n. 1, CE. Gli spetta pertanto di verificare, in particolare, se la misura controversa costituisca un vantaggio e se risulti selettiva, cioè se favorisca talune imprese o taluni produttori ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE”.

²² Al punto 116 della già menzionata comunicazione sul *private enforcement* (2021/C 305/01) si ribadisce l'esistenza di un monopolio esclusivo in capo alla Commissione riguardante l'esame di compatibilità e quindi di una netta, seppur complementare, ripartizione delle competenze, affermando altresì che i giudici non hanno neppure la

interessi dei singoli [...] anche prendere in piena considerazione l’interesse comunitario”²³: ciò importa che il giudice debba adottare tutte quelle misure, anche provvisorie, per tutelare le parti interessate dalla distorsione della concorrenza a causa dell’aiuto illegale, in quanto una sua inerzia in tal senso o l’adozione di provvedimenti inadeguati determinerebbe uno svuotamento dell’efficacia della disposizione di cui all’art. 108, par. 3, ultimo periodo, TFUE.

3.1. Il fatto che la tutela dei singoli, attinti da un aiuto illegalmente erogato, si erga a obiettivo primario del *private enforcement*, e in un’ottica privatistica di tutela del privato e in un’ottica pubblicistica di salvaguardia del buon funzionamento del mercato interno, è testimoniato da quelle fattispecie in cui l’aiuto illegale è dichiarato compatibile con il mercato interno. In questo caso “la decisione finale della Commissione non può avere l’effetto di sanare a posteriori gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati violando il divieto sancito in tale articolo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l’inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, dell’art. 88, n. 3, ultima frase, CE e svuoterebbe

facoltà, nell’ambito di un procedimento e sulla base degli strumenti di cooperazione ex art. 29 regolamento (UE) 1589/2015 di “chiedere alla Commissione di pronunciare un parere circa la compatibilità di una determinata misura di aiuto con il mercato interno”. Si tratta dunque di una competenza esclusiva considerata non solo in un’ottica sostanziale, quale mero esame della fattispecie in concreto sulla base di valutazioni tecniche complesse, ma anche in un’ottica procedurale, *rectius* facendo leva sulla discrezionalità della Commissione nell’avviare la procedura stessa. Seppur con una genesi differente, risulta conferente a quanto testé illustrato anche la sentenza del Tribunale del 10 novembre 2021, causa T-678/20, *Solar Electric*, punto 28, in cui si afferma che “una siffatta facoltà riconosciuta al beneficiario di un aiuto illegalmente versato di adire la Commissione al fine di far dichiarare la compatibilità di tale aiuto con il mercato interno rimetterebbe in discussione il carattere fondamentale e imperativo dell’obbligo di notifica delle misure di aiuto e del divieto della loro attuazione in forza dell’articolo 108, paragrafo 3, TFUE [...] nonché della sanzione di principio associata alla violazione da parte dello Stato membro segnatamente di tale obbligo di previa notifica, ossia il rimborso di quest’ultimo”. In sostanza, pur trattandosi di fattispecie diverse, si rimarca in entrambe ancora una volta il carattere portante dell’obbligo di notifica all’interno della disciplina sugli aiuti, il quale, pur servente rispetto all’esame di compatibilità, risulta ciononostante imprescindibile per garantire da parte della Commissione un’indagine completa, diligente ed imparziale in funzione del buon funzionamento del mercato interno, pena un indebolimento dell’intero sistema di controllo sugli aiuti.

²³ Sentenza *Transalpine Ölleitung*, cit., punto 48.

quest'ultimo della sua efficacia pratica"²⁴. Di conseguenza, il giudice dovrà comunque adottare quelle opportune misure che rimedino ad una violazione della norma, ancorché per un periodo circoscritto, ovvero sino alla decisione positiva della Commissione, quali per esempio, il pagamento degli interessi in capo al beneficiario che abbia goduto anticipatamente rispetto agli altri concorrenti di una condizione più favorevole all'interno del mercato. Ciò non impedisce al giudice di procedere comunque alla ripetizione dell'aiuto complessivo, laddove per esempio lo *status quo ante* sia stato irrimediabilmente compromesso con la perdita di quote di mercato o l'uscita da questo a danno di uno o più concorrenti²⁵. La celebre sentenza che ha innovato sul punto, adottando la ripetizione dei soli interessi per il periodo

²⁴ Sentenza *CELF*, cit., punto 40.

²⁵ Come accennato, vi possono essere delle situazioni, in cui si richiede il ripristino integrale dello *status quo ante*, prima di addivenire ad una nuova concessione dell'aiuto, in modo da ristabilire pari condizioni di partenza tra i concorrenti: pensiamo all'affidamento di un'attività rientrate nei SIEG o in generale al settore delle gare ad evidenza pubblica dove è fondamentale il funzionamento concorrenziale del mercato. Rispetto a siffatte fattispecie risulta interessante la vicenda relativa alla vendita di superfici agricole pubbliche appartenenti alla *DDR* (in regime di c.d. proprietà popolare, *volkseigener Betrieb*) a seguito della riunificazione da parte di una agenzia statale a ciò dedicata (*Treuhandanstalt*). Si trattava di terreni alienati a nuove imprese in parte a prezzi inferiori a quelli di mercato, cosicché, a seguito di notifica la Commissione ha dichiarato incompatibile una parte del regime. La questione del recupero dell'aiuto ha fatto insorgere numerose controversie interne, sulle quali è intervenuto il legislatore tedesco con una modifica alla legge di riferimento che disponeva un aumento del prezzo d'acquisto *ex tunc*, poi confermato anche in sede processuale dal Tribunale costituzionale federale e di Corte suprema (*BGH*), con argomentazioni che riprendono anche la questione della violazione dell'obbligo di *standstill* e delle sanzioni adeguate a ripristinare lo *status quo ante*, dato che una decisione positiva della Commissione non può in nessun caso sanare l'illegalità dell'aiuto. Sul punto una nota alla sentenza del *BGH*, V ZR 314/02 del 24 aprile 2003, di M. PECHSTEIN, *BGH: Rückwirkende Kaufpreiserhöhung als Beihilfenrückforderung in neuen Bundesländern verfassungsgemäß*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, p. 447: *Auszugehen ist somit grundsätzlich von einem Wiederholungsverbot hinsichtlich der von Art. 88 Absatz III 3 EG erfassten nationalen Maßnahmen. Geboten wäre hiernach als Konsequenz vielmehr die Neuausschreibung der entsprechenden Grundstücksflächen, die Vornahme einer neuen Auswahlentscheidung bezüglich des Vertragspartners und die Neuverhandlung der Verträge. Die Verbotswirkung des Art. 88 Absatz III 3 EG geht somit dank des Heilungsverbots in zeitlicher Hinsicht sogar über den Erlass einer abschließenden Kommissionsentscheidung hinaus, so dass von einer zulässigen Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts auf Grund der Beendigung der Verbotswirkung des Art. 88 Absatz III 3 EG keine Rede sein kann.*

dell’illegalità dell’aiuto quale bilanciamento tra le esigenze di rimediare alle conseguenze dell’illegalità dell’aiuto e la necessità di mantenere comunque intatto il vantaggio a favore dell’*accipiens*, in quanto compatibile, non ha seguito le preoccupazioni espresse nelle conclusioni dall’ AG Mazàk, il quale auspicava sanzioni più proporzionate alla grave violazione, qual è quella del divieto di cui all’art. 108, par. 3, TFUE. Essa, infatti, non può essere ricondotta al livello di una mera irregolarità procedurale rimediabile a posteriori con una decisione positiva della Commissione in quanto lo stesso ruolo riconosciute nell’ordinamento quale guardiana dei Trattati e, nel nostro caso, della disciplina sugli aiuti, sarebbe in parte compromesso²⁶.

3.2. Venendo ad una diversa fattispecie è necessario precisare che una siffatta ripartizione di competenze rimane ferma anche nei casi in cui l’aiuto, di cui si contesta l’illegalità e indirettamente l’incompatibilità, sia stato concesso dall’autorità erogante nell’ambito di uno dei regimi di esenzione, le cui categorie, come noto, godono di una presunzione di compatibilità riconosciuta dalla Commissione, in astratto, sulla base del soddisfacimento di determinati requisiti. Ebbene, in questo caso, la Commissione, limitandosi ad esercitare la propria competenza esclusiva in via preliminare, non solo non ha inteso delegare o trasferire, tramite l’adozione del regolamento di esenzione,

²⁶ Conclusioni dell’AG Mazàk, del 24 maggio 2007, causa C-199/06, *CELF*, punto 32, in cui, sapientemente, intravede i rischi per la indebolita deterrenza dell’intero assetto della disciplina, con effetti sui privati, vero motore del *private enforcement*: “Inoltre, non ritengo che la possibilità per i concorrenti di richiedere un indennizzo per i danni causati da tale pagamento prematuro costituirebbe una sanzione efficace. È assai discutibile se in tali circostanze contendenti privati sarebbero motivati ad avviare procedimenti dinanzi ai giudici nazionali qualora l’attuale sanzione di recupero dell’aiuto illegale dovesse essere sostituita, ad esempio, da un semplice obbligo di pagare gli interessi per il prematuro pagamento dell’aiuto oppure da un’azione per il risarcimento dei danni subiti. In effetti, all’udienza il rappresentante del governo francese ha precisato che era improbabile che un concorrente sarebbe in grado di provare un nesso causale tra il pagamento prematuro dell’aiuto e qualsiasi supposto danno subito”. Sul punto anche D. JOUVE, *Recovering Unlawful and Incompatible Aids by National Courts: CELF and Scott/Kimberly*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 377 secondo cui “*The risk is that national judges may lose sight of the interest in controlling legality given that illegality does not necessarily lead to recovery. This solution also leads to a loss of autonomy of national judges from the Commission, since a decision of compatibility by the Commission could thereafter call into question the effects to be drawn from illegality*”.

l'esercizio della competenza esclusiva alle autorità nazionali²⁷, ma l'aiuto non può neppure considerarsi autorizzato ai sensi dell'art. 1, lett. b) ii), del reg. (UE) 1589/2015, difettando proprio l'autorizzazione della Commissione o del Consiglio. Di conseguenza “sono le autorità nazionali competenti che esaminano se un aiuto concesso in applicazione di tale regolamento soddisfi, in un caso concreto, le condizioni previste da quest'ultimo, senza tuttavia disporre esse stesse di un potere decisionale definitivo riguardante la valutazione della compatibilità di tale aiuto con il mercato interno”²⁸.

Corollario di ciò è che, spettando all'autorità nazionale la verifica della sussistenza in concreto dei presupposti indicati nel regolamento, spetterà ugualmente ad essa, in forza dell'art. 108, par. 3, TFUE cui sono sottoposti non solo i giudici nazionali ma anche le autorità amministrative, “di recuperare di propria iniziativa gli aiuti che esse abbiano concesso segnatamente in ragione di un'indebita applicazione del regolamento [avendo constatato], in un momento successivo, che le condizioni stabilite da tale regolamento non erano soddisfatte”²⁹. Per preservare *l'effet utile* del divieto di esecuzione degli aiuti e rimediare senza ritardo alle distorsioni provocate dalla mancanza dei requisiti richiesti dalla norma, la Corte ha dunque riconosciuto la possibilità che il recupero dell'aiuto avvenga in assenza di una decisione della Commissione³⁰. Tale affermazione non deve stupire né si pone in

²⁷ Peraltro, come afferma l'AG Tanchev nelle sue conclusioni, del 3 aprile 2019, causa C-654/17, *BMW*, punto 100 non sarebbe pensabile derogare ad una competenza attribuita alla Commissione a livello primario dai Trattati tramite un regolamento quale quello di esenzione.

²⁸ Sentenza della Corte del 29 luglio 2019, causa C-654/17, *BMW*, punto 149.

²⁹ Sentenza della Corte del 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar*, punti 92, 93 e 95.

³⁰ “In a nutshell: the recovery obligation of Member States exists even in the absence of a Commission decision and without the Commission's supervision”. R. A. ACHLEITNER, *The Interplay between the European Commission, National Authorities and National Courts in State Aid Law: An Attempt to Cut the Gordian Knot*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 174 ss. L'autrice si sofferma anche su una questione ulteriore, sollevata dalla giurisprudenza citata in calce, riguardante la tutela del legittimo affidamento dei beneficiari dell'aiuto, secondo cui “*In the end, it is the aid beneficiaries who bear the risk of an incorrect application of unlawful State aid by the national authorities. As a result, the GBER will become less reliable, which due to this case law, will likely lead to an increase in voluntary notification of measures*”. Giova tuttavia precisare che, ferma restando questa problematica, la quale permea l'intero settore degli aiuti di Stato, la giurisprudenza costante ha sempre

contrasto con il più volte citato riparto di competenze tra Commissione e giudici nazionali, avendo la Commissione già svolto il suo esame di compatibilità *ex ante* e residuando per gli Stati membri solo la verifica della rispondenza della misura che intendono eseguire rispetto ai criteri formulati in astratto. Anzi, consentire agli Stati membri di agire celermente adottando le opportune misure³¹, tutela primariamente il monopolio stesso della Commissione, che ha avuto il suo massimo momento di espressione proprio nella codificazione delle categorie di esenzione, le quali, in un moto quasi circolare, si prefiggono di allocare gli aiuti in maniera efficiente, sostenibile e non lesiva della concorrenza e proprio per questo, data anche l'assenza di notifica, rischiano di determinare, in caso di violazione, distorsioni ancora maggiori.

escluso la sussistenza di un legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto in favore del beneficiario, a meno che “questo [non] sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista, [inoltre] un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata”, sentenza *Eesti Pagar*, cit., punto 98. Sta di fatto che i contorni del dovere di diligenza in capo al beneficiario dell'aiuto non sono affatto chiari né ricavabili dalla giurisprudenza. Si tratta comunque di una questione che in parte tocca “il più ampio dibattito sui — limitati— diritti procedurali riconosciuti dal reg. (UE) n. 2015/1589 ai (presunti) beneficiari di un aiuto durante la fase di indagine formale. Trattandosi di regole di concorrenza applicabili agli Stati, si riconosce solo a questi ultimi la titolarità di veri e propri diritti di difesa. Ai (presunti) beneficiari è invece consentito di partecipare al procedimento presentando osservazioni, nei limiti permessi dalle circostanze del caso di specie, e senza che ciò comporti un diritto al contraddittorio con la Commissione”, L. CALZOLARI, , *La responsabilità delle amministrazioni nazionali e delle imprese beneficiarie per la violazione degli artt. 107 e 108 TFUE fra diritto dell'Unione e autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1, 2017, p. 227. Paradossalmente, pur trattandosi di procedimenti differenti e collocati in fasi successive, ammettere, come afferma Achleitner, che l'azione di recupero possa essere avviata anche in assenza di una decisione della Commissione, comporterebbe probabilmente che le parti godano di più ampi diritti di difesa rispetto a quelli loro riconosciuti durante la fase di indagine formale dinanzi alla Commissione e che l'esame della fattispecie risulti onnicomprensivo da parte del giudice.

³¹ Sul punto anche E. GAMBARO, *Il private enforcement negli aiuti di Stato*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 31, “[...] qualora venga aumentato il numero delle ipotesi di esenzione dall'obbligo di notifica, gli Stati dovranno verificare il rispetto *ex ante* delle norme sugli aiuti delle misure c.d. *de minimis*, dei regimi e dei casi che beneficiano di un'esenzione per categoria [...] tale maggiore responsabilizzazione degli Stati dovrà coinvolgere tutte le istituzioni interne agli ordinamenti nazionali, inclusi i giudici”.

3.3. Soffermandoci ulteriormente sui rapporti tra procedimenti incardinati presso i giudici nazionali e procedimento di indagine formale³², il quale può essere avviato o a seguito dell'esame preliminare della notifica, *ex art. 4, par. 4 del reg. (UE) 1589/2015*, che ha evidentemente sollevato dei dubbi in merito alla compatibilità dell'aiuto oppure direttamente in caso di aiuti illegali *ex art. 12, par. 2³³*, risulta rilevante un'ulteriore problematica. La questione riguarda in particolare la vincolatività della decisione di apertura di un procedimento di indagine formale nei confronti dei giudici nazionali, dinanzi ai quali contestualmente pende un ricorso proposto dal ricorrente del beneficiario o da un qualsivoglia interessato così come definito dal regolamento di procedura all'art. 1, lett. h), volto all'accertamento della violazione dell'obbligo di *standstill* con richiesta di recupero dell'aiuto oppure di risarcimento del danno. Nell'ordinamento tedesco, in particolare negli organi giurisdizionali superiori, questo tema ha prodotto alcune frizioni nei confronti della Commissione europea e, indirettamente, della Corte di giustizia. Quest'ultima ha infatti sin dall'inizio sancito la vincolatività della decisione intesa quale necessità di non pregiudicare *l'effet utile* dell'art. 108, par. 3, dovendo il giudice nazionale astenersi dal giungere a delle conclusioni divergenti rispetto a quelle espresse dalla Commissione, ancorché aventi carattere preliminare³⁴. Diversamente si

³² A questo proposito si rammenta che il giudice nazionale, proprio per non privare di qualsivoglia efficacia la norma di cui all'art. 108, par. 3, è tenuto a trarre tutte e conseguenze dalla violazione della stessa, senza poter sospendere il giudizio in attesa della decisione definitiva della Commissione. "L'approccio è dunque esattamente opposto a quello adottato nella materia della concorrenza, ove, invece, la Corte di giustizia ritiene opportuno che il giudice nazionale sospenda il giudizio per evitare il rischio di giungere a soluzioni in contrasto con quelle adottate dalla Commissione (art. 16, reg. 1/2003, cit.)", C. SCHEPISI, *Il private enforcement dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*

³³ Il medesimo problema di vincolatività si può proporre anche nei casi in cui, all'esito dell'esame preliminare della notifica interviene una decisione di non sollevare obiezioni *ex art. 4, par. 3, del reg. (UE) 1589/2015*, mentre dinanzi al giudice continua a pendere un ricorso per la richiesta di misure, anche provvisorie, a tutela della situazione giuridica soggettiva del ricorrente non beneficiario.

³⁴ Sentenza della Corte del 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, punti 37 e 38: "Sebbene le valutazioni operate nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale abbiano carattere preliminare, tale circostanza non implica che esse siano prive di efficacia giuridica. Sul punto occorre sottolineare che, qualora i giudici nazionali potessero ritenere che una misura non costituisca un aiuto

materializzerebbe il rischio che la decisione del giudice risulti incompatibile con la futura decisione definitiva della Commissione, incidendo quindi sul monopolio esclusivo attribuitole in virtù dei Trattati ai fini della valutazione di compatibilità, con la conseguenza che la necessità di tutelare i privati dalla violazione del divieto di cui all'art. 108, par. 3, TFUE venga vanificata o eccessivamente indebolita, soprattutto rispetto a controversie per il risarcimento del danno, a causa di due decisioni tra loro confliggenti³⁵.

La posizione delle giurisdizioni superiori tedesche, sancita anche in alcune sentenze interne in materia di aiuti di Stato è quella per cui la decisione della Commissione non solleva il giudice dall'obbligo di esaminare autonomamente se la misura in questione costituisca o meno un aiuto³⁶, in sostanza esso sarebbe vincolato più al tenore della decisione provvisoria che alla sua motivazione, essendo il contenuto della decisione di natura meramente procedurale, argomentazione che risulta ancora più rilevante nei procedimenti in via principale, soprattutto per il risarcimento del danno e non anche in quelli cautelari. Solo in questi ultimi, infatti, la vincolatività sarebbe da riconoscere, da configurare non tanto però come vincolatività nei confronti della decisione provvisoria, quanto piuttosto della situazione di emergenza, in quanto la tutela cautelare stessa, spesso nelle forme della sospensione dell'erogazione o del recupero a titolo provvisorio dell'aiuto, serve a non pregiudicare, nelle more della procedura di indagine formale, il risultato della decisione definitiva. Ritornando all'argomentazione di base, si rileva anche che la decisione della Commissione sarebbe solo provvisoria e ancora aperta a modifiche sostanziali, mentre il giudice nazionale, sulla base delle norme processualcivilistiche interne è tenuto a compiere un esame a tutto tondo della fattispecie, esame che deve

ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE e, di conseguenza, non sospendere l'esecuzione, quando invece nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale la Commissione ha appena constatato che tale misura può presentare elementi di aiuto, l'effetto utile dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE sarebbe vanificato". Di identico tenore anche l'ordinanza della Corte del 4 aprile 2014, causa C-27/13, *Air Berlin*, punti 20-26 che riporta le motivazioni già espresse nella sentenza. Si noti che entrambi i casi riguardavano concessioni di aiuto in favore di aeroporti regionali in Germania.

³⁵ Sul punto anche le conclusioni dell'AG Mengozzi, del 27 giugno 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, punti 38-39.

³⁶ *Ex multis* BVerwG, sentenza del 26 ottobre 2016 – 10 C 3/15, punto 23.

altresì presentare carattere definitivo e che deve considerare e bilanciare i diversi interessi delle parti coinvolte³⁷. Infine si lamenta anche una lesione ai diritti di difesa delle parti dovuta alla mancata audizione del beneficiario fino all'apertura del procedimento d'indagine formale, così come previsto dal reg. (UE) 1589/2015, mentre, in ossequio al § 19.4 GG e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i giudici sono tenuti a garantire una tutela giurisdizionale effettiva³⁸.

Siffatti rilievi hanno comunque consentito di sviluppare un'argomentazione che potesse usufruire anche degli strumenti di cooperazione a disposizione dei giudici nazionali, espressione del più ampio principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE. In particolare, quella parte di dottrina che sostiene la non vincolatività della decisione provvisoria, quantomeno nell'ambito di un procedimento principale, è giunta a distinguere tra l'attività di interpretazione, riguardante questioni prettamente di diritto ed in particolare il concetto di aiuto, e quella di applicazione, concernente questioni fattuali legate alla fattispecie concreta³⁹. Nel primo caso, qualora dovessero sorgere delle incertezze non superabili tramite un'interpretazione conforme, la strada maestra da percorrere sarà quella del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*; nel secondo, laddove dovessero sorgere degli elementi nuovi che la fase preliminare dell'esame da parte della Commissione non aveva rinvenuto e che potrebbero mutare la classificazione della misura statale in esame, ci si potrà avvalere degli strumenti predisposti dall'art. 29 del reg. (UE) 1589/2015 ed instaurare uno scambio proficuo di informazioni tra i due

³⁷ K. RENNERT, *Bedeutung von Kommissionsentscheidungen im Beihilfeprüfverfahren für die nationalen Gerichte*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, p. 567: *Die Anwendung betrifft zunächst Tatfragen. Die Fakten wurden von der Kommission bislang nur vorläufig und möglicherweise unvollständig erhoben; das nationale Gericht muss den Sachverhalt demgegenüber nach Maßgabe seiner Prozessordnung abschließend und vollständig ermitteln.*

³⁸ BGH, sentenza del 9.2.2017 – I ZR 91/15 in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, 312, punto 44: *[Es ist] zweifelhaft, ob die nicht vorgesehene Beteiligung von Beihilfegebern und begünstigten Unternehmen im Vorprüfungsverfahren, das dem Eröffnungsbeschluss vorhergeht, mit dem Recht auf Anhörung vor Erlass einer nachteiligen Verwaltungsentscheidung gem. Art. 41 II GRCh in Einklang steht [...].*

³⁹ K. RENNERT, *op. cit.*, p. 570.

organi, anche se, da più parti, si sottolinea la difficoltà di poter usufruire di simili possibilità, dal momento che una riconduzione all'interno delle procedure nazionali appare talvolta di difficile attuazione ed il dialogo con la Commissione non risulta sempre proficuo, considerato anche che, per giurisprudenza costante, in presenza di un'addotta violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, il giudice non può sospendere il procedimento in attesa della decisione della Commissione⁴⁰.

4. Al fine di cercare di dare risposta alle problematiche che si sono testé illustrate, nonché per rendere coerente a livello nazionale la disciplina del *private enforcement*, fornendo altresì delle linee guida agli operatori del diritto e, indirettamente, alle imprese, soccorrono alcuni strumenti di carattere normativo e di *soft law*, i quali, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali, hanno lo scopo di creare una cornice coerente e certa di cui i diversi attori coinvolti possono avvalersi per consentire un'effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'illegalità dell'aiuto. Innanzitutto svolge un ruolo fondamentale il regolamento di procedura⁴¹, il quale non si limita a definire e a consolidare la prassi della Commissione in riferimento alle diverse fasi di esame di una misura statale, ma riconosce all'art. 29 la necessità di far leva su strumenti di cooperazione tra Commissione e giudici nazionali, prevedendo scambi di informazioni tra organi e possibilità per la Commissione di intervenire nel procedimento in qualità di *amicus curiae*.

⁴⁰ Sul punto anche A. SCOTT, *Co-Operation and Good Faith: State Aid Rules and National Courts - Procedural and Interpretive Consequences*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 354: "National courts have sometimes been frustrated by not receiving clear answers to their requests for assistance. Judges should be aware that the Commission is not always in a position to give answers to fairly open-ended questions. For example, when the national court is considering interim measures and wondering about the timescale at the Commission it may be better to ask whether it is likely to have concluded its consideration of a measure in say six months rather than asking when the consideration will have been concluded". La questione si è posta per esempio nel caso delle misure di aiuto all'aeroporto di Lubeca, sulle quali la Commissione ha aperto una procedura di indagine nel 2007 e nel 2012, dopo ben cinque anni, non era ancora in grado di fornire alla OLG (corrispondente alla Corte d'Appello) informazione alcuna sulla durata del procedimento, poi conclusosi solo dieci anni dopo il suo inizio nel 2017.

⁴¹ Regolamento (UE) 2015/1589, cit.

A rimarcare l'importanza che il *private enforcement* riveste nella strategia della Commissione contribuisce anche la recente comunicazione della stessa in tale ambito⁴². Essa si pone innanzitutto quale obiettivo precipuo quella di rafforzare la cooperazione con i giudici nazionali, illustrando le circostanze che possono indurre la Commissione ad intervenire in un procedimento interno, tramite memorie scritte o orali, in qualità di *amicus curiae*⁴³, sottolineando altresì la necessità che anche in questo frangente le norme processuali nazionali creino, in ossequio al principio di effettività, un terreno favorevole per la presentazione delle memorie. Quest'ultimo risulta essere un *Leitmotiv* all'interno della comunicazione, declinato tuttavia non tanto come effettività della tutela della situazione giuridica soggettiva, fatta valere dal singolo nell'ambito del procedimento, dunque intesa in senso stretto, quanto piuttosto come effettività del diritto dell'Unione europea, da intendersi dunque in senso lato⁴⁴.

⁴² Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali - (2021/C 305/01), cit.

⁴³ Giova specificare che, come spesso ricordato dai membri della Commissione stessa, “*when delivering an opinion or intervening as amicus curiae, however, the Commission will remain neutral and not serve the private interests of any parties*” ancorché sia fatta possibilità per le parti del procedimento “*to seek the Commission's intervention, for instance, in cases where a national court is overlooking a potentially unlawful aid, thereby undermining the effectiveness of Article 108(3) TFEU*” - L. ARMATI, M. MACCHI, “*The Commission adopts the new Notice on the enforcement of State aid rules before national courts: an overview of the state of play of private enforcement of State aid law*”, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 8.

⁴⁴ “Il riferimento implicito è, infatti, a tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione di norme processuali interne più favorevoli nei confronti di un soggetto (come il beneficiario di un aiuto) che “subisce” l'applicazione del diritto dell'Unione europea – in termini ad esempio, di prescrizione, decadenza, preclusioni processuali o eccezioni non rilevate nei termini, sospensione dell'efficacia di misure interne di recupero - impedirebbe al giudice di rilevare ad esempio l'illegittimità di una misura nazionale (e quindi l'illegalità di un aiuto), o di ordinare il recupero illegale perché ostacolato da decisioni (amministrative o giudiziali) divenute definitive” – C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 16. Seppur con riferimento alla casistica giurisprudenziale, anche A. BIONDI, *How to go ahead as an EU law national judge*, in *European Public Law*, 2009, p. 225: “*There is, however, a sort of general tendency to classify the case law on effective judicial protection as automatically pro-EU rights and to consider the balance between effectiveness of EU law and national procedural autonomy as tilted*”. Si vuole qui sottolineare che l'effettività della tutela della posizione giuridica soggettiva fatta valere e fondata su una norma di diritto dell'Unione, quasi cedendo, nell'ambito della comunicazione, dinanzi alla effettività del diritto dell'Unione, rischia di non risultare

Questa impostazione è avvalorata anche dal fatto che la comunicazione del 2021, come risulta dai punti 4 e 5, focalizza la propria attenzione sulla necessità di predisporre, essenzialmente per i giudici nazionali, tutte le necessarie informazioni per addivenire ad una corretta applicazione della disciplina sugli aiuti, trascurando invece, parzialmente, l’esigenza di indicare ai privati, vero motore del *private enforcement*, i rimedi disponibili e l’esperibilità in concreto delle azioni a tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall’illegalità dell’aiuto, per esempio indicando quali percorsi, sotto il profilo probatorio, sono attualmente praticabili e trasferibili anche in tale settore sulla base della giurisprudenza della Corte. Ciononostante, lo scivolamento verso un *enforcement* rafforzato, i cui attori principali sono i giudici nazionali, che paiono agire, alla luce dell’impostazione della comunicazione, quale mero distacco della Commissione⁴⁵, potrebbe tuttavia rischiare di pregiudicare l’obiettivo precipuo della comunicazione stessa, ossia quello di contribuire ad incrementare il ricorso a siffatti mezzi di tutela⁴⁶ per esercitare un controllo più affinato e capillare delle misure nazionali qualificabili come aiuti di Stato.

neppure più servente per la realizzazione della seconda, così il rischio di uno sbilanciamento a solo favore del *public enforcement* potrebbe notevolmente indebolire il sistema di controllo sugli aiuti.

⁴⁵ Degna di nota è la previsione nella comunicazione ai punti 140 ss. della possibilità di avvio di una procedura di infrazione in capo allo Stato membro, anche nel caso in cui il giudice nazionale, nelle more dell’esame della Commissione o comunque priva del suo avvio, non debba adottare quelle misure necessarie ad eliminare la violazione dell’obbligo di *standstill*, ancorché in tali casi, stando alla lettera del Trattato e dei regolamenti di procedura, debba sempre procedersi all’apertura del procedimento di indagine per valutare la compatibilità dell’aiuto. Sul punto anche C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione*: cit., p. 8 ss. Un approccio così deciso, anche rispetto al tema dell’autonomia procedurale, conferma ancora una volta la direzione che la Commissione ha inteso prendere con la comunicazione in oggetto, ossia instaurare un collegamento diretto con i giudici nazionali quali esecutori di un *enforcement* più stringente, minacciando, forse, al contempo l’autonomia di cui godono le autorità giurisdizionali degli Stati membri nella valutazione del caso di specie.

⁴⁶ Il ricorso all’applicazione privata della disciplina sugli aiuti di Stato, pur avendo contrassegnato un incremento negli ultimi quindici anni, ha però registrato solo in rari casi l’adozione di provvedimenti adeguati al caso di specie o l’accertamento della sussistenza di un danno derivante dalla violazione dell’art. 108, par. 3, TFUE. Per un approfondimento si consulti lo studio commissionato dalla Commissione “Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts (COMP/2018/001)” www.state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report.

D'altronde, come sostenuto da più parti, l'applicazione della disciplina degli aiuti da parte dei privati contiene indefettibilmente degli elementi di *public enforcement*, tutelando solo sussidiariamente la situazione giuridica soggettiva del singolo leso dall'illegalità dell'aiuto, mirando primariamente a ristabilire un assetto concorrenziale del mercato nel settore oggetto della misura statale⁴⁷.

Volendo solo fornire un breve esempio di questa impostazione, la comunicazione del 2021 innova rispetto alla precedente dedicando, nell'ambito dell'autonomia procedurale, alcuni punti al principio di autorità di cosa giudicata e fornendo una lettura probabilmente eccessivamente estensiva della portata delle sentenze della Corte in materia. L'intangibilità di tale principio, più volte affermata anche dalla Corte, non può tuttavia impedire al giudice, in ossequio al principio di effettività, di trarre tutte quelle conseguenze derivanti da una violazione dell'obbligo di *standstill*, tra le quali il recupero dell'aiuto stesso, né alla Commissione stessa di esercitare la propria competenza esclusiva in tema di compatibilità. In particolare, il passaggio in giudicato di una sentenza che nega l'esistenza di un aiuto o comunque non si avvede della sua illegalità non solo non osta al recupero dell'aiuto stesso, ma non può neppure impedire alla Commissione di esercitare la sua competenza, promanante direttamente dal principio del primato. Riguardo a quest'ultima situazione non si tratta solo di casi in cui il giudicato è intervenuto successivamente ad una decisione della Commissione che dichiarava l'aiuto incompatibile⁴⁸ ma anche di fattispecie in cui è la decisione della Commissione ad essere posteriore, con un notevole allargamento rispetto all'impostazione precedente⁴⁹. La differenza potrebbe forse spiegarsi, in quanto, in riferimento a questi

⁴⁷ K. RENNERT, *op. cit.*, sul punto anche G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement nel diritto antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 17: "Il private antitrust enforcement nasce dunque più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive".

⁴⁸ Sentenza della Corte del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, punto 63.

⁴⁹ Sentenza della Corte del 4 marzo 2020, causa C-586/18, *Buonotourist*, punto 100: "la ricorrente non può sostenere che la decisione del Consiglio di Stato abbia fatto sorgere fondate aspettative nei suoi confronti, al fine di opporsi all'esercizio da parte della Commissione della sua competenza esclusiva, quale riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte richiamata al punto 90 della presente sentenza".

ultimi, si tratta non di casi promossi tramite rinvio pregiudiziale, in cui il giudice instaura un dialogo con la Corte, bensì di casi che hanno ad oggetto l’annullamento di una decisione della Commissione che individua quell’aiuto come incompatibile, importando quindi il fatto che la Commissione si è attivata ed ha esercitato la propria competenza esclusiva, la quale, come accennato, non può cedere od essere fortemente limitata dinanzi all’applicazione di norme di diritto interno.

5. La disciplina sugli aiuti di Stato, com’è noto, subisce continue evoluzioni e modifiche influenzate soprattutto dal contesto esterno, sia esso sociale, economico, politico od ambientale in cui tali disposizioni si inseriscono e che cercano, almeno in parte di plasmare. In questo frangente, in cui la produzione di *soft law* e l’allargamento delle esenzioni per categoria appaiono quasi incessanti, è ancora più importante rafforzare la disciplina del *private enforcement* a disposizione non solo dei giudici nazionali, ma anche dei privati stessi. Limitatamente ai primi, rileva ancora lo scarso utilizzo degli strumenti di cooperazione⁵⁰ di cui all’art. 29 del reg. (UE) 1589/2015, i quali dovrebbero essere percepiti come dei semplici strumenti per un costante e proficuo scambio tra i due organi. Si vedrà nel prossimo futuro se la comunicazione del 2021, nonostante un focus meno incentrato sui privati, abbia effettivamente consentito uno sviluppo nei singoli Stati membri piuttosto omogeneo della casistica in tema di aiuti di Stato, puntando anche sulle controversie per il risarcimento del danno, il cui successo risulta ancora lontano per via delle difficoltà che persistono nel provare il danno effettivamente subito dalla illegale (ed eventualmente incompatibile) concessione dell’aiuto. Per quanto riguarda i privati stessi, potrebbe forse essere giunto il momento, pur mantenendo l’impostazione per cui l’obbligo di *standstill* e la normativa di specie ha come destinatari precipui gli Stati membri, di aprire gli orizzonti della disciplina anche alle imprese tramite una migliore definizione dell’obbligo di diligenza o la possibilità per loro

⁵⁰ R. A. ACHLEITNER, *op. cit.*, 179: “A possible explanation for the rare use of the tools is certainly that they are not legally binding and at the same time, are leading to a delay in the national procedure. This raises the legitimate question of whether it really makes sense to prolong proceedings in order to obtain a legally non-binding and non-definitive opinion by the Commission”.

di riconoscere i segnali della presenza di un possibile aiuto nella loro attività di impresa. Esse infatti non possono contare su una effettiva tutela del legittimo affidamento⁵¹, neppure laddove l'aiuto venga eseguito in regime di esenzione, correndo dunque notevoli rischi nel momento in cui diventano beneficiarie. Questo consentirebbe di bilanciare in maniera più efficiente anche le diverse posizioni giuridiche soggettive di cui sono portatori il concorrente ed eventuali terzi, da un lato, ed il beneficiario, dall'altro, con la conseguenza che quest'ultimo, pur potendo essere attinto da un provvedimento pregiudizievole nei suoi confronti che ordini il recupero dell'aiuto, possa comunque adottare degli accorgimenti nell'ambito della propria attività d'impresa. Quest'ultima circostanza consentirebbe, almeno indirettamente, di bilanciare altresì *public e private enforcement*, con notevole vantaggio per l'intero sistema di controllo degli aiuti di Stato.

⁵¹ Sul punto anche M. MEROLA, *op. cit.*, p. 417: “Regole [...] che accreditino un approccio tendente a valorizzare l'elemento soggettivo dell'*accipiens*, al fine di tutelarlo qualora ne sia riscontrabile la buona fede e penalizzarlo invece quando ne sia accertata la connivenza con lo Stato nella violazione delle norme di procedura del Trattato”.