

Paolo Piva

GIUDICE NAZIONALE
E
AIUTI ALLE IMPRESE
fra public e private enforcement

P. PIVA GIUDICE NAZIONALE E AIUTI ALLE IMPRESE

ISBN 978-8-86611-707-0



9 788866 117070

€ 30,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

Paolo Piva

**Giudice nazionale
e
aiuti alle imprese**
fra public e private enforcement

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

Prefazione	1
Introduzione	3

CAPITOLO I

La prospettiva giudiziale nell'analisi della disciplina degli aiuti di Stato

1. Il Giudice nazionale come “Giudice dell’Unione di diritto comune” agli avamposti nella tutela della concorrenza offerta dalle norme UE sugli aiuti di Stato	15
2. L’effettività come principio ispiratore della tutela giurisdizionale offerta dagli ordinamenti nazionali <i>ex art. 19, comma 2, TUE</i>	28
3. Giudice nazionale e aiuti alle imprese: la cd. modernizzazione degli aiuti di Stato fra <i>private enforcement</i> e <i>public enforcement</i>	33
4. L’analisi delle norme UE in tema di aiuti statali dal punto di vista dell’efficacia diretta. Un <i>Sonderweg</i> tutto europeo fra <i>private</i> e <i>public enforcement</i>	39

CAPITOLO II

La nozione di aiuto

1. Premessa	49
2. Inquadramento generale della problematica degli aiuti di Stato	50
3. Gli aiuti statali (<i>recte</i> , nazionali) nel contesto dei Trattati istitutivi: il TFUE	55
4. <i>Segue</i> . Gli aiuti statali nel contesto del “cessato” Trattato CECA	63
5. Articoli 107-109 TFUE: necessità di una loro lettura in chiave economica, di concorrenza e di mercato interno in particolare	67

6. Ambito di applicazione dell'art. 107 n. 1, TFUE: la nozione di aiuto di Stato nell'elaborazione della Corte di giustizia	79
7. La <i>Comunicazione</i> 2009/C 85/01 della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei Giudici nazionali	99
8. La <i>Comunicazione</i> 2016/C 262/01 sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE	103

CAPITOLO III

Private enforcement delle norme in materia di aiuti di Stato

1. Premessa	109
2. La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al problema dell'efficacia diretta degli articoli 107-108 TFUE. Necessità di un'interpretazione sistematica del divieto di cui all'art. 107.1, TFUE	111
3. L'efficacia diretta degli articoli 107-108 TFUE in relazione ad altre disposizioni dei Trattati	135
4. Gli articoli 263, 265 e 268 (combinato all'art. 340.2) TFUE nel contesto degli aiuti statali: esistenza di un <i>favor</i> per la tutela del concorrente	147
5. Tutela giurisdizionale della posizione giuridica del concorrente davanti al Giudice nazionale	164
6. Il diritto al risarcimento del concorrente leso dalla violazione delle norme sugli aiuti	168

CAPITOLO IV

Public enforcement davanti al giudice nazionale

1. Questione terminologica	177
2. L'obbligo di restituzione a carico dello Stato (o Ente) erogatore e dell'impresa beneficiaria	178
3. Le decisioni della Commissione adottate <i>ex art.</i> 108.2 TFUE: loro possibile invocabilità in senso "orizzontale"	182

4. La <i>Comunicazione</i> 2007/C272/05 e il nuovo Regolamento 1589/2015/UE. Tutela giurisdizionale, avanti il Giudice nazionale, del beneficiario dell'aiuto	196
5. Impossibilità assoluta di recuperare l'aiuto. Le pronunce <i>Lucchini, Olimpiclub e Taricco I</i>	201

CAPITOLO V

Giudice nazionale e *cross-border state aids*

1. Premessa	209
2. Non invocabilità nel diritto dell'Unione della regola tradizionale dell'immunità giurisdizionale degli Stati	210
3. Elementi che rafforzano l'azionabilità di rimedi interni nei confronti di <i>cross-border State aids</i>	216
4. Rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale del concorrente leso	218
5. Lettura "orientata" del nuovo Regolamento Bruxelles I-bis (2012/1215/UE)	220

CAPITOLO VI

**Applicazione dei principi elaborati in materia
di aiuti di Stato dalla Corte e dalla Commissione UE
davanti alle giurisdizioni nazionali**

1. Giurisprudenza delle Corti nazionali relativa alle norme comunitarie in materia di aiuti statali: l'importanza dell'approccio comparatistico	223
2. La giurisprudenza italiana	224
3. La giurisprudenza francese	234
4. La giurisprudenza tedesca	236
5. La giurisprudenza inglese	239
Conclusioni	241
Giurisprudenza essenziale ragionata	245
Bibliografia	251

*Al prof. Francisco Leita,
amico e mentore*

Prefazione

Ho cominciato ad occuparmi di aiuti di Stato molto tempo fa, ancora durante la mia tesi di dottorato il cui titolo era, per l'appunto, *La diretta efficacia delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato*.

Ricordo che, all'epoca, le pronunce sul tema potevano contarsi sulle dita di una mano e non erano molto frequenti neppure le pronunce sugli aiuti di Stato in generale, caratterizzate per lo più da un contenzioso intermittente fra la Commissione e gli Stati membri sulla nozione di aiuto, sulle forme di interventi statuali qualificabili come tali e sull'obbligo di cooperazione leale fra l'istituzione comunitaria e gli Stati membri *in subiecta materia*, cooperazione basata sostanzialmente sull'art. 4.3 TUE (in allora art. 5 CEE e poi art. 10 CE).

E pur tuttavia, la prospettiva dell'applicazione degli artt. 107-108 TFUE da parte del Giudice nazionale è sempre stata piuttosto chiara e piana nella visione della Corte, scevra da particolari contraddizioni od aporie sin dalla celeberrima *Costa/ENEL* (1964), per passare attraverso *Lorenz* (1973), *Steinike* (1977) fino a giungere a *Saumon* (1991) e *SFEI* (1996).

Il che non significa, evidentemente, che non vi fossero e non vi siano tuttora incertezze determinate, per lo più, dal fatto innegabile che si tratta di una nozione sostanzialmente economica che risente necessariamente di letture più o meno rigorose dettate dalla congiuntura economica del momento.

A partire dal 2000, poi, è cominciata una nuova stagione più incentrata sull'*effet utile de l'effet direct*, per dirla con una nota espressione che designa i cd. *problemi della seconda generazione* (secondo la fortunata formula di Koopmans e di Mertens de Wilmaars), come si può notare, fra l'altro, in pronunciamenti del tipo *CELF I* (2008) e *CELF II* (2010), o nella prospettiva del leale riparto delle competenze e dell'effettività della tutela giurisdizionale nel celeberrimo e dibattuto caso *Lucchini* (2007).

Oggi, il diritto UE degli aiuti di Stato appare profondamente rinnovato nell'approccio (sempre più basato sulla cd. *economic analysis of law*), *ad instar* di quanto avvenuto nel diritto *antitrust*, con forme di controllo *ex post* introdotte a seguito dell'importante normativa regolamentare del Consiglio ai sensi dell'art. 109 TFUE e della Commissione (in virtù del comma 4° dell'art. 108 TFUE, dopo Lisbona), il cui *soft law*, peraltro, può aiutare senza dubbio il Giudice nazionale ad interpretare ed applicare un diritto particolarmente complesso, quale è quello degli aiuti statali.

Nell'ultima decade, o poco più, gli sforzi della Commissione per rafforzare il cd. *private enforcement* è stato notevole, essendosi oramai addivenuti alla piena consapevolezza che il privato che lotta per la propria sopravvivenza sul mercato può davvero contribuire a mantenere non falsata la struttura concorrenziale del mercato stesso, migliorando altresì l'applicazione del cd. *public enforcement* da parte della Commissione e degli Stati membri.

In questo contesto, vuoi per le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, basato notoriamente sui *twin-pillars* della diretta efficacia e del primato, vuoi per la natura stessa della concorrenza, quale fenomeno che interessa sostanzialmente tutti, istituzioni, autorità statali, Giudici nazionali, imprese e cittadini/consumatori/utenti, il Giudice nazionale gioca un ruolo decisivo che le Corti comunitarie e la Commissione gli attribuiscono oramai pacificamente.

E se è pur vero che il giudizio sulla compatibilità dell'aiuto spetta esclusivamente alla Commissione, non vi è dubbio che una lettura attenta del meccanismo procedurale di cui all'art. 108.3 TFUE attribuisca al Giudice nazionale un ruolo fondamentale nella tutela effettiva della concorrenza e del concorrente leso dall'aiuto illegale/illegittimo sul mercato interno.

More solito, spero che questo mio contributo possa aiutare, anche solo per poco, nella lettura e comprensione dell'importante e rinnovato dibattito sugli aiuti statali.

Padova, 20 marzo 2018

Introduzione

Il problema dell'*enforcement*¹ davanti ai Giudici nazionali delle norme in materia di aiuti di Stato, tema che qui si intende precipuamente affrontare, non consiste solamente nel valutare se le norme di cui agli articoli 107-108 TFUE² siano idonee o meno a produrre degli effetti diretti negli ordinamenti nazionali, ovvero, in altre parole, se diano origine a posizioni giuridiche sostanziali tutelabili di fronte alle giurisdizioni interne.

La soluzione di una tale questione, del resto, non potrebbe definirsi neppure teoricamente problematica, posto che la maggioranza della dottrina è incline ad accogliere, sostanzialmente senza riserve, le tesi che la Corte di giustizia ha elaborato fin dalle sue prime pronunce in materia.

Fin dalla celebre sentenza *Costa/Enel* del 15 luglio 1964³, infatti, la Corte ha chiarito che, fra le disposizioni del Trattato relative agli aiuti di Stato, soltanto l'art. 108, paragrafo 3, ultima frase, "crea direttamente per i singoli diritti soggettivi"⁴.

¹ Secondo la nuova terminologia invalsa nel moderno diritto della concorrenza comunitario: si vedano sul tema i due volumi collettanei AA.VV., *UE Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, 2014, CORTESE B. (a cura di), Aalphen an den Rijn, 2014 e AA.VV., *La "Modernizzazione" disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, a cura di SCHEPISI C., Torino, 2011, nonché, infine, il saggio di O'CONNOR K.J.-RENFRO H.L.-BRIGGS A.C., *The interaction of public and private enforcement*, in AA.VV., *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham (UK), 2010, 240 ss.

² Gli articoli qui menzionati sono ancora -malgrado l'importante disciplina rinvenibile nella legislazione secondaria (fra cui, particolarmente, il Regolamento 2015/1589/UE)- delle vere e proprie *Grundnormen* nella disciplina comunitaria degli aiuti.

³ In causa 4/64, *Racc.*, 1947, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴ Come si vedrà in seguito, e nonostante le pur possibili *nuances*, sono pochi gli autori che fanno discendere dall'articolo 107 TFUE, *ex se*, un'efficacia diretta,

In effetti, qui si intendono piuttosto indagare le conseguenze pratiche di un'efficacia diretta che, seppur con una certa cautela e quasi, si direbbe, reticenza -dovute certo all'importanza e alla delicatezza della materia- è stata inequivocabilmente riconosciuta dalla Corte alle disposizioni summenzionate⁵.

ritenendo, in tal modo, che il tenore letterale della norma sia sufficientemente chiaro e preciso da comportare dei diritti e degli obblighi azionabili davanti al giudice interno. In tal senso, si veda l'opinione isolata di RUEBER H.J., *Die Konkurrenzenklage deutscher Unternehmer gegen wettbewerbsverzerrende Subventionen im Gemeinsamen Markt*, in N.J.W., 1971, *Heft* 47, 2099.

⁵ Non si può infatti negare che, nonostante l'articolo 107 TFUE non possa da solo fondare una censura di incompatibilità dell'aiuto di fronte al Giudice nazionale, questo stesso articolo produca un'efficacia per così dire riflessa e condizionata, sia quando l'incompatibilità dell'aiuto è stata sancita in atti normativi di portata generale ai sensi dell'art. 109 o in decisioni individuali ai sensi dell'art. 108, par. 2, sia quando, ed è l'ipotesi di maggior rilevanza, l'aiuto sia stato istituito in spregio agli obblighi procedurali formali di cui all'art. 108, par. 3. In quest'ultimo caso, peraltro, il Giudice nazionale è chiamato, a ben vedere, a dare un vero e proprio *giudizio di incompatibilità dell'aiuto* ai sensi dell'articolo 107, par. 1, dato che una tale incompatibilità non risulta da precedenti atti comunitari di portata generale o individuale. Quello che, invece, al Giudice nazionale non è concesso, in realtà, è di esprimere un *giudizio di compatibilità* ai sensi dell'art. 107, paragrafi 2 e 3, che costituiscono una sorta di *rule of reason* positiva, la cui applicazione pertiene, questa sì, esclusivamente alla Commissione. Ciò si ricava implicitamente dalla giurisprudenza della Corte, la quale ammette la possibilità per il Giudice nazionale del rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE al fine di ottenere un'interpretazione dell'art. 107 nel caso in cui "una pronuncia al riguardo sia necessaria onde consentirgli di emettere la propria sentenza..." (cfr. il considerando n. 15 della sentenza del 22 marzo 1977, *Steinike und Weinlig c. Germania*, in causa 78/76, *Racc.*, 595 ss.). Com'è, per l'appunto, il caso dell'aiuto non notificato. In senso conforme alla tesi qui accolta, cfr. SCHINA D., *State aids under the EEC Treaty. Articles 92 to 94*, p. 142 e ss. e MATTERA RICIGLIANO A., in *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento*, Torino, 1990, 73 ss. Nello stesso senso, si veda anche ROSS M., *State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems—A Case of Premature Emancipation?* (2000) 37 *CML Rev.*, 401. Nella pronuncia 29 giugno 2004, *Commissione c. Consiglio*, la Corte di giustizia si è espressa in questi termini: "a tale proposito, occorre anzitutto rammentare che, con la scelta di prevedere nel Trattato, all'art. 88 CE [108 TFUE], l'esame permanente ed il controllo degli aiuti da parte della Commissione, si è inteso stabilire che il riconoscimento dell'eventuale incompatibilità di un aiuto con il mercato comune risulta, fermo restando il controllo del Tribunale e della Corte, da un adeguato procedimento di competenza di tale istituzione. Gli artt. 87 CE e 88 CE [artt. 107-108TFUE] riservano pertanto a

Ed invero, si può certamente convenire sul fatto che, attualmente, quando si parla di efficacia diretta di una norma comunitaria, l'attenzione non va posta tanto, o almeno non solo, sulla sua idoneità a determinare il sorgere immediato di situazioni giuridiche soggettive nel diritto interno, bensì sulla concreta ed effettiva tutelabilità delle stesse negli ordinamenti nazionali⁶.

In altre parole, le questioni che oggi interessano maggiormente lo specialista di diritto dell'Unione europea ma anche, e verosimilmente *a fortiori*, il comune giurista ed il pratico europeo sono quelle che parte della dottrina definisce icasticamente come “*problemi della seconda generazione*”⁷, in quanto sorti in seguito alla soluzione di alcune questioni fondamentali appartenenti, cronologicamente ed idealmente, ad una prima ipotetica generazione di problemi quali, ad esempio, la natura autonoma e particolare dell'ordinamento comunitario, l'efficacia diretta e la prevalenza del diritto comunitario sui diritti nazionali.

quest'ultima un ruolo centrale per il riconoscimento dell'eventuale incompatibilità di un aiuto” (punto 29).

⁶ Si potrebbe anche semplicemente affermare che, mentre all'inizio la Corte era per lo più preoccupata di dare attuazione al diritto di agire in giudizio, in un secondo tempo, essa si è focalizzata piuttosto sulla necessità che la tutela giurisdizionale sia effettiva: cfr. quanto si dirà oltre.

⁷ L'efficace metafora della « *seconde génération* » deve attribuirsi a MERTENS DE WILMARS J. il quale, in qualità di *Rapporteur Général* al nono Congresso della F.I.D.E. tenutosi a Londra nel 1980, notava che « ...un certain nombre de problèmes juridiques fondamentaux -effet direct, primauté, autonomie- ayant été résolus, on voit, à mesure que le droit communautaire pénètre plus profondément dans le tissu économique et social, surgir des implications nouvelles suscitant des problèmes inédits que l'on pourrait qualifier comme étant ceux de la seconde génération », in *Remedies for breach of Community law*, Londra, 1980, vol. I, 1 ss.. Lo stesso rapporto dell'Autore (*L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaires par les autorités nationales et les particuliers*) è apparso successivamente come articolo in *Cah.D.E.*, 1981, 379-409. Sul punto, si veda pure KOOPMANS T., *Problemen van de tweede generatie*, in *Liber Amicorum J. Mertens de Wilmars*, Anversa, 1982, 121-131. Ovviamente, la terminologia “seconda generazione” non ha nulla a che vedere con quella più recente –ed applicata specificatamente al mercato comune– utilizzata da WEILER J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, 2003, Bologna p. 349 ss.

Come tale autorevole dottrina⁸ giustamente rileva, le nuove difficoltà sono determinate dal fatto che il diritto comunitario dev'essere applicato all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, i quali, com'è evidente e naturale, adottano diversi sistemi di tutela giudiziale degli interessi dei privati.

Ora, in assenza di disposizioni comuni che stabiliscano i mezzi e le forme processuali a garanzia dei diritti nascenti dalle norme comunitarie direttamente efficaci, è logico ritenere che la competenza relativamente a tali mezzi e forme spetti agli Stati membri, i cui sistemi processuali, tuttavia, potrebbero essere inadeguati ad assicurare una protezione adeguata agli interessi e situazioni giuridiche soggettive aventi origine in un ordinamento autonomo e diverso, per definizione, da quello nazionale.

⁸ Cfr. MERTENS DE WILMARS. J., *op. cit.*, 1.4 e ss. ed i rapporti nazionali presentati allo stesso congresso della F.I.D.E. e raccolti nel volume AA.VV., *The availability and appropriateness of national remedies in the event of a breach of Community law (a) by national authorities and (b) by private bodies*, Londra, 1980. Per una chiara esposizione del tema si vedano KAPTEYN P.J.G. e VERLOREN VAN THEMAAT P. in *Introduction to the law of European Communities*, III ed., Deventer-Boston, 1998, 558 ss., i quali precisano, *inter alia*, che “*these second generation problems raise the question whether there are any framework limits to the manner in which Community law is received into national law. The Court has found that there are*”(559). Si è d'altro canto osservato - BALLARINO T., *Manuale breve dell'Unione europea*, II, Padova, 2007, 123-124- che l'applicazione del diritto comunitario nell'ambito degli ordinamenti statali dà luogo a problemi analoghi a quelli che si verificano in sede di diritto internazionale privato, “dove l'applicazione di norme di diritto privato straniero nell'ambito della *lex fori* rende sovente necessario un 'adattamento' dovuto sia alla difficoltà di tradurre nei termini della *lex fori* concezioni giuridiche differenti, sia alla differenza dei mezzi processuali da essa posti a disposizione”. Con la fondamentale differenza, avverte però l'Autore, che in un caso si ricerca “il rispetto della natura particolare del diritto straniero (*Achtung des Fremden*), mentre nella messa in opera del diritto comunitario non si può parlare di un 'diritto straniero', ed il fine da perseguire è quello dell'uniformità tra tutti gli ordinamenti coinvolti nell'applicazione”. Rimane, tuttavia, il fatto che l'esigenza di una corretta comprensione del diritto comunitario –il quale in quanto *jus commune* ha, ovviamente, caratteristiche che lo differenziano dai singoli *jura propria*-, ai fini di una sua applicazione uniforme, presuppone il metodo comparatistico, esattamente come la corretta applicazione di ogni sistema di d.i.pr. Cfr., sul tema, i contributi importanti contenuti nel volume collettaneo AA.VV., *The Coherence of EU Law: The search for Unity in Divergent Concepts*, PRECHAL S. – VAN ROERMUND B., Oxford, 2008.

Di qui, la necessità, imprescindibile per vero, di una comparazione, in sede di interpretazione ed applicazione delle norme comunitarie, comparazione che –va ribadito- è imposta vuoi dall'autonomia dell'ordinamento comunitario, vuoi dalle esigenze diverse che questo esprime e di cui si deve tenere conto da parte dei Giudici nazionali di diritto comune⁹.

Stante poi l'innegabile interdipendenza fra diritto sostanziale e diritto processuale¹⁰, dovendo il secondo essere foggato a guisa del primo per garantirne l'effettività, si comprende pure che il diritto nazionale non possa, nemmeno in ipotesi di lacuna dell'ordinamento comunitario, regolamentare senza limiti le forme e i mezzi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive create dal diritto comunitario dotato della qualità della diretta efficacia¹¹.

⁹ Anche in virtù degli obblighi di leale cooperazione di cui all'art. 4.3 TFUE.

¹⁰ Sotto questo profilo, la definizione del concetto di azione elaborata dai giuristi romani (“*Nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*”), i quali peraltro non conoscevano la figura del diritto soggettivo, è particolarmente significativa: nonostante oggi si distinguano le norme sostanziali da quelle processuali e si ritenga per lo più inconcludente discutere di priorità logica delle une sulle altre o viceversa (si veda sul punto LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984, 130 ss., nonché ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 88-92), non si può negare la persuasività delle formule tradizionali dei giuristi di *Common Law* secondo cui “*ubi remedium ibi ius*” e “*remedies precede rights*”. Cfr. DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, in particolare le voci “*procedure*”, “*action*”, “*remedy*”. Questo punto di vista è confermato da WADE H.W.R., una delle più autorevoli figure del diritto pubblico inglese, laddove afferma che “*rights depend upon remedies...*” -in *Administrative Law*, V ed., Oxford 1982, 513-, al punto che, scrive l'A., riprendendo una *boutade* del giudice americano Jackson, può essere preferibile essere assoggettato a leggi russe con procedure di *Common law*, che non alla *Common law* con procedure russe. Interessante l'analisi che si rinviene in ATIYAH P.S. –SUMMERS R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, New York, 1987, 1996, a proposito dell'importanza dell'approccio più o meno formalistico del giudice (*enforcement formality*) nel garantire accesso alla giustizia (in particolare, 186 ss.).

¹¹ Come si dirà meglio nel prosieguo, questa è pure la soluzione adottata -si deve riconoscere, con molto buon senso anche se non sempre coerentemente- dalla Corte di giustizia fin dalle celebri sentenze “*gemelle*” *Rewe-Comet* del 17 febbraio 1976 e 16 dicembre 1976 (cause 33-76, rispettivamente, 1989 ss., ECLI:EU:C:1976:22, e 2043 ss., ECLI:EU:C:1976:191). In relazione a queste due fondamentali sentenze, si veda tuttavia il giudizio fortemente critico di FORLATI PICCHIO L. che ravvisa in esse “un vero e proprio anti-climax rispetto al crescendo della

Se questa tuttavia è la “*Kernfrage*”, non è difficile constatare che si sia in presenza degli stessi problemi della “prima generazione” visti in un’ottica per così dire dinamica, di “*law in action*”, trattandosi pur sempre di quei principi fondamentali analizzati nella loro concreta applicazione.

Una volta stabilito ed accettato, infatti, che una certa norma dell’Unione è idonea a creare situazioni giuridiche soggettive immediatamente rilevanti per gli ordinamenti nazionali, e che la stessa norma prevale¹², *ex proprio vigore*, sulle norme interne confliggenti, il proble-

giurisprudenza della Corte in favore di una valorizzazione autonoma del diritto comunitario”, in *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, D.C.S.I., 1978, p. 199-231. Per una disamina della più recente evoluzione giurisprudenziale in materia, si veda DI MAJO F.M., *Diritti riscossi per la registrazione delle società. Decorrenza dei termini processuali nazionali* (nota a Corte di giustizia, 2 dicembre 1997, in causa n. 188/95, *Fantask*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 347 ss.).

¹² Si può osservare come, fin da subito, la migliore dottrina avesse colto la particolarità della nozione di primato del diritto comunitario, e cioè non tanto in termini di gerarchia fra fonti di diverso grado, quanto piuttosto nel senso di una autentica *sostituzione* del diritto proprio della Comunità/Unione al diritto nazionale nei settori in cui si è operato il trasferimento di poteri sovrani, in modo tale che la norma interna confligente dovrebbe disapplicarsi in quanto attività legislativa *ultra vires*. Cfr., sul punto, LAGRANGE M., in *Droit communautaire et droit national (Semaine de Bruges 1965)*, 21-24. Come, poi, si è fatto rilevare, quando il Giudice nazionale applica il diritto comunitario in luogo del diritto interno, non ha un potere costitutivo nel “disapplicare norme nazionali che qualunque organo dello Stato (italiano) dovrebbe altrimenti applicare; è, al contrario, il fatto che l’ordinamento nazionale lascia le situazioni interessate dal processo d’integrazione europea al diritto comunitario ad avere per conseguenza che il Giudice nazionale deve accertare che il diritto nazionale non domanda più di essere applicato in relazione a queste situazioni”, MENGOZZI P., *Diretta applicabilità del diritto comunitario, poteri del giudice ordinario e decisioni della Commissione CEE*, in *Contratto e impresa*, 1989, 56 ss. Cfr., tuttavia, anche KAPTEYN P.J.G. e VERLOREN VAN THEMAAT P., *Introduction Introduction to the Law of the European Community*, 1998, laddove gli Autori distinguono, ricorrendo peraltro a vecchie categorie presenti nella giurisprudenza amministrativa del *Conseil d’Etat*, fra una “*invoquabilité d’exclusion*” da una “*invoquabilité de substitution*”, affermando che dalla prima dovrebbe derivare una maggiore efficacia per la norma applicata (541). Sotto questo profilo, tuttavia, non si può sottovalutare la difficoltà della problematica, laddove si consideri che il diritto comunitario presuppone, di regola -data l’attuale tendenza all’armonizzazione piuttosto che all’uniformità degli ordinamenti giuridici-, un’attività normativa

ma diventa quello di conoscere come la posizione giuridica sostanziale creata dalla norma comunitaria possa e debba essere tutelata dalle norme processuali del foro, senza che la medesima perda il suo carattere di regola comune e sia, quindi, privata di ogni effetto pratico¹³.

Appare, altresì, evidente che il problema è di difficile soluzione, dovendosi *in concreto* stabilire quando la norma sostanziale possa dirsi correttamente attuata e quando, invece, l'applicazione della norma da parte degli organi nazionali, nel caso di specie nelle forme della protezione giudiziale, debba ritenersi insufficiente ed irrispettosa della sostanza della stessa.

di esecuzione *lato sensu*, da parte degli Stati membri, che non è sempre agevole individuare, di volta in volta, come *intra* o *ultra vires*; cfr., in tal senso, GIULIANO M., *La libertà di circolazione delle merci e libera prestazione dei servizi nel Trattato di Roma*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1985, 448 ss. Il tema, si potrebbe dire, si è persino aggravato, oggi, dopo l'introduzione del principio di sussidiarietà (art. 5.3 TUE e del relativo Protocollo), posto che, quanto meno per le materia non coperte dalla competenza esclusiva dell'Unione, ci si potrebbe attendere anche una invalidità degli atti comunitari per una sorta di "incompetenza" del legislatore comunitario-federale. Del resto, la Corte di giustizia ha dimostrato, benché con argomenti poco persuasivi, di non aderire alla teoria, probabilmente più corretta in via astratta, dell'inesistenza della norma comunitariamente incompatibile (cfr. sentenza del 22 ottobre 1998, *Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE '90 et alii*, C-10/97 a C-22/97, I-6307, punti 18-21). Sul tema, si veda, tra gli altri, GRECO G., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 33 ss. Cfr. sul tema anche AMADEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, nonché GRAIG P., *Eu Administrative Law*, Oxford, 2008, 483 ss. Vedi, infine, DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018, il quale precisa come, oggi, l'orientamento risulti con particolare chiarezza nella sentenza *Filipiak*, 19 novembre 2009, causa C-314/08, ECLI:EU:C:2009:719, dove, al punto 82, si rinviene che "in forza del principio del primato del diritto comunitario, il conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del Trattato direttamente applicabile si risolve, per un Giudice nazionale, con l'applicazione del diritto comunitario, disapplicando, se necessario, la disposizione nazionale confliggente, e non dichiarando la nullità della disposizione nazionale, in quanto la competenza al riguardo degli organi e dei giudici è riservata a ciascuno Stato membro".

¹³ Come avvertiva l'illustre giudice LECOURT R.: «*Si la règle commune est l'élément nécessaire de toute Communauté, toute faille dans le caractère commun de la règle entrainerait la ruine de celle-ci*», in *Le juge devant le Marché Commun*, Ginevra 1970, 41.

Essendo poi naturale, come già si è osservato e si è potuto constatare in molti casi¹⁴, che le forme ed i mezzi predisposti dalle norme processuali nazionali influenzano il grado di tutela e di garanzia offerto alla situazione giuridica sostanziale creata dal diritto comunitario, si dovrebbe naturalmente ammettere che la norma comunitaria produttiva di efficacia diretta implichi, per poter garantire sé stessa e la sua effettività, dei rimedi processuali adeguati, modificando, laddove occorra, il sistema processuale interno¹⁵.

Adattando, pertanto, la problematica generale della diretta efficacia alla particolare questione che qui si affronta, si potrebbe affermare -in estrema sintesi- che la presente riflessione è rivolta all'analisi dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme comunitarie stabilite in materia di aiuti statali, intendendo con ciò indagare, soprattutto, i rimedi che sono -o che comunque dovrebbero essere- offerti dalle giurisdizioni nazionali alla singola impresa o, comunque, al soggetto interessato

¹⁴ È, ad esempio, il caso del diritto (di origine comunitaria) alla ripetizione di somme indebitamente versate che, essendo soggetto ai termini di decadenza o di prescrizione, spesso notevolmente diversi, vigenti negli ordinamenti nazionali, riceve nella prassi una tutela più o meno efficace a seconda dello Stato membro in cui esso viene di fatto azionato. Cfr. sul punto: FORLATI PICCHIO L., *op. cit.*, 208 in nota; BARAV A., *La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Court de Justice des Communautés européennes*, *Cah. dr. eur.*, 1981, 507 ss. ; BRIDGE J., *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of the Member States*, *EL Rev.* 1984, pp.33-34; L. DANIELE, *Forum it.*, 1988, p. 331, nonché DI MAJO F.M., *op. cit.*, pp. 347 ss. e DI VIA L., *La ripetizione dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di LIPARI N., Padova, 2003, 682 ss.

¹⁵ L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia si muove in questa direzione: cfr., ad esempio, le sentenze *Johnston* del 15 maggio 1985 e *Factortame I* del 19 luglio 1990, nonché *Commissione c. Grecia* del 29 settembre 1996, *Morellato c. ULS n. 11 di Pordenone* del 13 marzo 1997, *Ciola* del 29 aprile 1999, e *Commissione c. Spagna* del 15 maggio 2003. Com'è stato detto icasticamente, la Corte si è riservata, in tema di autonomia giurisdizionale degli Stati membri, una sorta di "droit de regard", intervenendo, per l'appunto, laddove i sistemi di *enforcement* nazionali appaiano insufficienti a garantire quello standard di efficacia imposto dalle esigenze dell'ordinamento comunitario: cfr. TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in AA.VV., *Potere discrezionale interesse legittimo*, *op. cit.*, Milano, 1994, 171.

che si consideri leso dalla violazione¹⁶, da parte delle autorità nazionali, delle norme comunitarie direttamente efficaci poste a garanzia della concorrenza¹⁷.

¹⁶ Cfr. sentenza *Saumon*, 21 novembre 1991, causa C-354/90, di cui si occuperà nel prosieguo.

¹⁷ Le norme fondamentali, a tal proposito, sono quelle contenute negli articoli 107 e 108 TFUE, alle quali fanno rinvio pure altre disposizioni del Trattato: espressamente (cfr., ad esempio, l'art. 42 TFUE ed in genere i regolamenti di incentivazione agricola) o implicitamente (è il caso dell'art. 93 TFUE in materia di trasporti). Com'è noto, molti sono gli atti di legislazione secondaria che fanno esplicito riferimento alla disciplina generale degli aiuti contenuta nel Trattato; la *ratio* di un tale rinvio sta evidentemente nell'opportunità di rendere trasparente, nel massimo grado, la politica di aiuti degli Stati membri, la quale dev'essere, comunque, soggetta al controllo dell'Unione e, per quanto possibile, coordinata con la politica di sovvenzioni di quest'ultima. Una particolare ipotesi di rinvio alle norme sugli aiuti è quella contenuta nelle direttive UE in materia di appalti (oggi, direttive nn. 23-24-25 del 2014), nelle quali, accanto ai criteri di aggiudicazione previsti dalle direttive stesse, si facevano salvi, prima della riforma del 1993, *in subiecta materia*, altri criteri intesi a concedere a taluni offerenti una preferenza a titolo di aiuto, "a condizione che la regolamentazione in parola sia compatibile con il trattato ed in particolare con l'articolo 92 e seguenti [*n.d.a.*, oggi art. 107 ss.]" (così, ad esempio, art. 29 della Direttiva 26 luglio 1971, 71/305/CEE in G.U.C.E. L 185/71). Cfr. anche l'art. 31 della Direttiva lavori, n. 37/93/CEE, che aveva ammesso l'applicazione di analoghe normative di aiuto fino al 31.12.1992. Per una nota interpretazione giurisprudenziale delle norme del Trattato sugli aiuti nel contesto della direttiva sugli appalti di forniture (l'allora n. 77/62/CEE, in G.U.C.E. L 13/1977) si veda la sentenza *Società Du Pont de Nemours Italiana Spa. c. U.S.L. n.2 di Carrara*, del 20 marzo 1990, 632, di cui pure si dirà oltre. Si può forse ricordare che la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che "il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni" (sentenza del 7 dicembre 2000, *ARGE Gewaesserschutz*, C-94/99, I-11037, ECLI:EU:C:2000:677, nonché, più di recente, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze contro Data Medical Service srl*, del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2466). Si veda, inoltre, l'interessante articolo di L. RADICATI DI BROZOLO –MAGNUS GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 805 ss.

È, peraltro, evidente che l'indagine non potrà tralasciare del tutto, quegli altri rimedi offerti in sede comunitaria per il caso di violazione, da parte della Commissione, di posizioni ed interessi privati protetti dal diritto dell'Unione¹⁸.

Prima, dunque, di cominciare la trattazione dello specifico tema dell'applicazione, da parte del Giudice nazionale, degli artt. 107-108 TFUE (e delle altre discipline, anche di *soft law*, che vi si ricollegano), sarà opportuno –se non già necessario- richiamare la nozione di «efficacia diretta» del diritto dell'Unione europea in generale, anche perché, come si è autorevolmente osservato, « ...*tout dépend de la définition des critères auxquels elle -la doctrine dite de l'« effet direct » - est subordonnée, selon que ces critères se maintiennent au niveau de la praticabilité des règles ou débordent sur le terrain des motivations politiques* »¹⁹.

Una corretta comprensione del principio della diretta efficacia, pertanto, è imprescindibile, se si vuole evitare di “*deficere in limine primo*”, posto che il problema specifico che qui si affronta, come si è già avvertito, non è che uno degli aspetti di quella complessa fenomenologia giuridica che trae origine, per l'appunto, dall'affermazione giurisprudenziale dell'efficacia diretta delle norme comunitarie.

Una volta poi approfondita la tematica dell'efficacia diretta delle norme UE in materia di aiuti di Stato, si potranno esaminare le specifiche conseguenze pratiche ricavabili da quelle fondamentali affermazioni giurisprudenziali della Corte.

In particolare, si cercherà di rispondere ai seguenti quesiti:

a) in quali casi ed in presenza di quali presupposti è possibile invocare la disciplina comunitaria per attaccare, davanti ai Giudici nazionali, misure d'aiuto erogate da enti pubblici o comunque con l'utilizzo delle risorse pubbliche?

b) da parte di quali soggetti e nei confronti di chi possono essere invocate le norme comunitarie in materia di aiuti statali?

¹⁸ Le norme particolarmente rilevanti, sotto il profilo di una protezione giudiziale comunitaria *stricto sensu*, sono gli articoli 263, 265, 268 e 340 TFUE, posto che il singolo può comunque vantare un interesse legittimo al corretto uso della discrezionalità di cui gode la Commissione in materia. Si veda *infra*.

¹⁹ P. PESCATORE, *L'application judiciaire des Traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres*, *Mélanges Teitgen*, 1984, 403 ss.

c) esiste una tutela privilegiata per il concorrente leso dall'aiuto illegittimo?

d) quali sono le conseguenze concrete per il giudice e per la pubblica amministrazione derivanti dalla violazione della predetta normativa?

e) come, infine, nella prospettiva comparatistica segnalata, hanno reagito sinora le giurisdizioni degli Stati membri?

Alla soluzione di questi ed altri problemi, quindi, si perverrà tenendo in giusto conto sia la giurisprudenza della Corte espressasi nella specifica materia degli aiuti, sia la giurisprudenza della Corte che potremmo definire istituzionale, in tema di diretta efficacia ed effettività, sia infine la giurisprudenza dei Giudici nazionali (non ancora così nutrita come ci si potrebbe attendere).

In questa indagine, ovviamente, verrà esaminato il nuovo approccio della Commissione che, fra l'altro, a partire da Lisbona, "può adottare regolamenti concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'art. 109, che possono essere dispensate dalla procedura di cui al paragrafo 3 del presente articolo" (art. 108, n. 4, TFUE)²⁰.

²⁰ Per un esame puntuale dei regolamenti in materia, si vedano, fra gli altri CELERINO C.-MUNARI F., in *Trattati dell'Unione europea*, II ed., a cura di TIZZANO A., Milano, 2014, Come avvertiva WINTER J. A., *Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87 (1) of the EC Treaty*, *CML Rev.*, 2004, 476-477, all'indomani della prima "ondata" di regolamenti del settore, essendo i regolamenti di esenzione in blocco direttamente applicabili, "*if it is found that the measure is aid within the meaning of Article 87(1) [ART. 107.1 TFUE] but that does not fulfil the conditions for exemption under the relevant group exemption, the Member State has infringed its obligation to notify the aid under Article 88(3)*".