



*Convegni di studio di Adolfo Beria di Argentineo
su problemi attuali di diritto e procedura civile
della Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*

XXVIII Convegno di studio su
**UNIONE EUROPEA: CONCORRENZA TRA IMPRESE
E CONCORRENZA TRA STATI**
Courmayeur, 19-20 settembre 2014
Complesso congressuale e cinematografico
Piazzale Monte Bianco

Gli sviluppi della giurisprudenza nazionale in materia di aiuti di Stato

MASSIMO SCUFFI
*magistrato di Cassazione; presidente del Tribunale di Aosta;
Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria*



SOMMARIO: 1. *Il regime comunitario degli aiuti di Stato*; 2. *Il ruolo del giudice nazionale*; 3. *Case histories: le fondazioni bancarie e la pregiudiziale comunitaria*; 4. *Il sistema cooperativistico e la collaborazione informativa con la Commissione*; 5. *I contributi nel settore navale e l'interpretazione autonoma del giudice*; 6. *Osservanza del diritto comunitario e responsabilità del giudice*; 7. *La fiscalità regionale di vantaggio: le c.d. tasse sul lusso*; 8. *Supremazia del diritto comunitario ed erosione del principio di giudicato*; 9. *Modalità di recupero degli aiuti di Stato illegittimi*; 10. *Il giudizio di opposizione: mutamenti e riunificazione di riti*; 11. *Questioni ed eccezioni processuali*; 12. *Il procedimento cautelare*; 13. *L'azione dei danneggiati dall'aiuto illegale: il diritto al rimborso*; 14. (segue) *il risarcimento del danno*.

1. Il regime comunitario degli aiuti di Stato

Al fine di assicurare un regime che garantisca che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, rappresentando obiettivo primario dell'Unione europea la realizzazione di una sana, leale, efficace competizione tra le imprese, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) contiene una dettagliata disciplina delle regole di concorrenza suddivisa in due sezioni (del capo I del Titolo VI):

- a. Le regole di concorrenza applicabili alle imprese, cioè rivolte a quei comportamenti autonomi imputabili alle stesse che si traducano in intese restrittive, pratiche concordate ed abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 TFUE) cui si aggiunge una apposita disciplina per le imprese pubbliche (art. 106);
- b. Le regole di concorrenza applicabili agli Stati, che sono rivolte agli interventi pubblici a favore delle imprese e sono sussunte nella disciplina di controllo dei c.d. *aiuti di Stato* (art. 107, 108, 109 TFUE).

Si tratta di disposizioni ó queste ultime ó preordinate anch'esse alla realizzazione di un regime di concorrenza non falsata in quanto dirette ad evitare che il sostegno finanziario pubblico intervenga ad alterare la *competizione ad armi pari* tra imprese all'interno del mercato comune.

Ai sensi dell'art. 107 n. 1 TFUE, ósalvo deroghe contemplate dal Trattato, sono incompatibili con il mercato comune nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenzaó.

Per verificare se ci si trova al cospetto di un aiuto di Stato la Commissione e la Corte di giustizia hanno elaborato il criterio c.d. VIST (*vantaggio, incidenza, selettività, trasferimento*) che concerne il soggetto erogante, i mezzi impiegati, la destinazione delle risorse, il potenziale effetto correlato.

Devono in pratica ricorrere cumulativamente tutti e quattro gli elementi indicati dalla norma citata¹ e cioè:

- a. deve trattarsi di *vantaggi economici* concessi direttamente od indirettamente all'impresa beneficiaria mediante erogazione senza contropartita (cioè con sacrificio gravante sul solo bilancio pubblico) di risorse statali (sovvenzioni e finanziamenti) ovvero rinuncia ad entrate (esoneri ed agevolazioni fiscali) con alleggerimento degli oneri che normalmente gravano su un'azienda;
- b. deve derivare un *pregiudizio o distorsione alla concorrenza* (a prescindere dalle finalità più o meno meritevoli in vista delle quali è stato disposto l'aiuto) per il rafforzamento della posizione dell'impresa beneficiaria a danno dei concorrenti che sopportano i costi evitati dalla prima con ripercussioni sugli scambi tra gli Stati membri;
- c. le misure adottate devono essere caratterizzate da *selettività*, cioè non rappresentare strumenti di politica economica generale per lo sviluppo e l'equilibrio del sistema bensì *misure specifiche* essenzialmente rivolte a favorire determinati settori industriali e/o produzioni, collocando l'impresa beneficiaria in una posizione finanziaria più favorevole rispetto alle altre che si trovino in analoga situazione fattuale e giuridica;
- d. le misure debbono consistere in *trasferimenti di pubbliche risorse*, essere concessi cioè dallo Stato o comunque da enti pubblici e/o territoriali in relazione a risorse statali.

Deroghe al principio generale di *incompatibilità* degli aiuti di Stato sono prefigurate *de iure* nel n. 2 dell'art. 107 TFUE (tra le quali spiccano gli aiuti conferiti in occasione e per rimediare ai danni causati da calamità naturali) ovvero rimesse a valutazione discrezionale della Commissione nei limiti segnati dal n. 3 della norma citata (tra cui gli aiuti a finalità regionale per lo sviluppo di aree che presentano particolari difficoltà e gli aiuti a finalità settoriale per lo sviluppo di attività bisognose di sostegno quali ó ad esempio ó la cantieristica navale, l'industria automobilistica, la siderurgia, etc.).

La politica degli aiuti gravita sulla Commissione, *dominus* della procedura di controllo sia degli aiuti esistenti (cioè quelli già in esecuzione prima dell'entrata in vigore del Trattato che sono costantemente monitorati nella loro compatibilità comunitaria e possono in ogni momento essere dichiarati illegittimi con ordine di cessazione) sia di quelli nuovi i cui progetti vanno previamente notificati alla Commissione (salvo quelli rientranti nei Regolamenti di esenzione ai sensi dell'art. 109 TFUE)² e rimangono sospesi

*Magistrato di cassazione, Presidente del Tribunale di Aosta ©

¹ CGUE, sent. 24 luglio 2003, C-280/00 *Altmark*.

² L'art. 109 del TFUE prevede che Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, possa stabilire tutti i Regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli artt. 107 e 108 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'art. 107, par. 3 nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura.

Con Reg. CE 994/98 la Commissione è stata autorizzata ad adottare Regolamenti che esentino dalla notifica gli aiuti a favore delle piccole e medie imprese; gli aiuti in favore della ricerca e dello sviluppo; gli aiuti a favore della tutela dell'ambiente; gli aiuti a favore dell'occupazione e della formazione; gli aiuti di importanza minore (c.d. *de minimis*).

nella erogazione (c.d. clausola di *stand still*) fino a che non vengano autorizzati con apposita decisione (*positiva*)³.

Norma cardine è l'art. 108 n.3 TFUE (che avendo contenuto preciso e incondizionato ha efficacia diretta)⁴, il quale impone agli Stati membri due obblighi precisi: la preventiva notifica alla Commissione degli aiuti progettati e la sospensione della loro attuazione fino a che ne venga accertata la compatibilità con la conseguenza che se la misura viene da subito attuata in violazione di detta clausola di salvaguardia l'aiuto è considerato illegale.

Analogamente quando intervenga decisione (*negativa*) di incompatibilità (non impugnata con ricorso per annullamento)⁵ l'aiuto deve essere soppresso o modificato (con eventuale restituzione da parte delle imprese delle somme già ricevute) nei termini fissati dalla Commissione abilitata o in caso di inottemperanza o ad adire direttamente la Corte di giustizia con *ricorso per inadempimento* attivando la procedura di infrazione⁶.

2. Il ruolo del giudice nazionale

Il Regolamento 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 ed 82 del Trattato (oggi 101 e 102 del TULF), dando attuazione a quel complesso disegno di "decentramento" che passa sotto il nome di

Con Reg. CE 800/2008 (regolamento generale di esenzione per categoria) è stato disposto che le misure rispondenti ai suoi criteri possano essere attuate dagli Stati membri senza previa notifica della Commissione.

³ La procedura di controllo preventivo di compatibilità degli aiuti "nuovi" e di controllo degli aiuti "esistenti" è dettagliata nel Reg (CE) 659/99 (c.d. Regolamento di procedura) recante modalità di applicazione dell'ex art. 88 del Trattato (oggi 108 TFUE). Il Regolamento è stato rinnovato e modificato dal Reg.(UE)734/2013 .

Va altresì segnalato che in ossequio al c.d. *principio Daggendorf* (ripreso dalla l. 234 del 24 dicembre 2012 ivi art. 46) la concessione di nuovi aiuti è subordinata alla preventiva verifica che le imprese beneficiarie (su loro "autocertificazione") non abbiano ricevuto ed omesso di restituire aiuti dichiarati incompatibili.

⁴ CGCE 9 ottobre 1984 C91/83 +127/83 *Henken*.

⁵ Legittimati a proporre ricorso per annullamento dell'atto comunitario (art. 263 TFUE) sono le istituzioni comunitarie e gli Stati membri (*ricorrenti privilegiati* perché non devono dimostrare di essere stati direttamente incisi dall'atto illegittimo) nonché le persone fisiche o giuridiche per gli atti che li riguardino direttamente ed individualmente (*ricorrenti non privilegiati*). I primi debbono rivolgersi alla Corte di giustizia mentre i secondi al Tribunale (già di 1^a istanza).

⁶ La procedura di infrazione è regolata dagli artt. 258, 259, 260 del TFUE o è attivata dalla Commissione o su segnalazione di associazioni e/o cittadini ovvero su denuncia di altro Stato membro o per la mancata attuazione di obblighi comunitari e si sviluppa in una *fase precontenziosa* che inizia con una lettera di contestazione dell'addebito (messa in mora); quindi o dopo le osservazioni dello Stato interessato ove ritenute insufficienti o si completa con un parere motivato specificante l'addebito ed il termine per porvi fine.

Se lo Stato non si adegua, la Commissione ricorre alla Corte di giustizia, che può emettere misure cautelari (artt. 278 e 279 TFUE), ivi compresa l'ingiunzione a sospendere la prassi amministrativa o la normativa contrastante e quindi pronunzia *sentenza dichiarativa* che attesta l'inadempimento dello Stato agli obblighi comunitari.

In caso di perdurante inadempimento si riattiva la procedura di infrazione pervenendosi alla c.d. "doppia condanna" comportante l'imposizione di *sanzioni pecuniarie*.

modernizzazione del diritto della concorrenza, ha eliminato l'obbligo di notifica delle intese restrittive e della conseguente decisione della Commissione per ottenerne l'esenzione (come stabilito dal previgente Reg. 17/62), chiamando l'organo giudiziario a fare applicazione nella sua unitarietà della regola e dell'eccezione espressa nella norma prefigurante possibili esenzioni ai divieti di intese (art. 101 par. 3 TFUE)⁷.

Viceversa, in materia di aiuti di Stato è rimasto immutato il regime di *controllo centralizzato* che, pur consentendo al giudice nazionale di interpretare la nozione di aiuto (autonomamente ovvero richiedendo l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia con lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE o della stessa Commissione con i previsti mezzi di collaborazione informativa)⁸ gli preclude di valutarne la compatibilità con il mercato comune in base ai criteri enunciati dall'art. 107: compito questo che spetta in prima battuta *solo ed esclusivamente* alla Commissione sotto il controllo del giudice comunitario.

I giudici nazionali svolgono un ruolo distinto e complementare rispetto a quello della Commissione perché, al fine di salvaguardare i diritti dei concorrenti e dei terzi dal divieto di concessione di aiuti che non siano stati previamente notificati e successivamente approvati, sono tenuti a ricercare se la misura controversa rientri nella nozione di aiuto (art. 107 n. 1 TFUE) e risulti per l'effetto rispettata la procedura di controllo preventivo (art. 108 n. 3 TFUE), traendone le conseguenze giuridiche proprie del diritto nazionale sul piano della legalità⁹, con disapplicazione delle disposizioni interne contrarie ed invalidazione degli atti di esecuzione disponendo il recupero dell'aiuto finanziario illegittimamente concesso¹⁰.

Il ruolo complementare, rispetto alla Commissione, del giudice nazionale è dunque *preventivo*, nel contribuire a delineare le fattispecie suscettibili di essere qualificate come aiuti di Stato; *successivo* ó una volta che l'aiuto sia stato dichiarato illegittimo ó nell'eliminare gli ostacoli all'applicazione della misura di recupero.

⁷ Tale regime di eccezione legale ó fondato sul *controllo óa posteriori* delle intese in caso di contestazione giudiziaria ó è basato sull'ordinario riparto dell'onere della prova (l'art. 2 del Reg. 1/2003 attribuisce alla parte che denuncia l'infrazione l'onere di dimostrarla ed all'impresa concorrente quello di fornire la *prova liberatoria* che si sono realizzate le condizioni di esenzione) ed ha rafforzato il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza, in linea con il principio di sussidiarietà in virtù del quale la Comunità deve intervenire soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere realizzati dagli Stati membri.

⁸ Così la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali 2009/C 85/01 in GU 9.4.2009 (che ha sostituito la Comunicazione sulla cooperazione del 1995 in GU C 312 del 23.11.1995). Sul punto vedasi anche il Reg. 734/2013 cit.

⁹ CGUE, sent. 15 aprile 2004 C-345/02 *Pearle* e sent. 5 ottobre 2006 C-368/04 *Transalpine*.

¹⁰ CGCE, sent. 11 luglio 1996 C-39/94 *Sfei*.

3. Case histories: *le fondazioni bancarie e la pregiudiziale comunitaria*

Numerose sono le fattispecie che ha trattato la giurisprudenza nazionale contribuendo soprattutto al sindacato di legittimità delle misure finanziarie suscettibili di configurare forme più o meno palesi di aiuti di Stato non consentiti dall'ordinamento comunitario.

La Corte di Cassazione, innanzitutto, intervenendo sulle agevolazioni pretese dalle fondazioni bancarie nei confronti dell'A.F. (esonero della ritenuta d'acconto sui dividendi e riduzione della metà dell'IRPEG quali benefici riconosciuti ad enti di interesse pubblico e con finalità sociali prive di scopo di lucro secondo l'elencazione prevista dalle rispettive leggi istitutive)¹¹ sollevava d'ufficio questione di compatibilità comunitaria di tale regime rilevando ó innanzitutto ó che il carattere óchiusoö del giudizio di cassazione non impediva a che venisse applicato nella sua interezza il diritto comunitario indipendentemente da specifiche domande proposte nel giudizio di merito od introdotte con i motivi di ricorso (salvo il solo limite della definizione del rapporto controverso)¹² ed, al contempo, ipotizzando un possibile contrasto del sistema normativo interno con la disciplina sugli aiuti di Stato¹³.

La Corte di giustizia¹⁴, rispondendo positivamente al quesito, affermava che ó in effetti ó una persona giuridica quale quella rivestita dalla fondazione bancaria poteva essere qualificata come impresa ai sensi dell'art. 107 n. 1 TFUE e le agevolazioni delle quali fruiva potevano rientrare nel concetto di aiuti di stato.

Il concetto di *impresa* nel diritto europeo è infatti molto ampio e ricomprende qualsiasi ente ó pubblico o privato ó che svolga óattività economicaö indipendentemente dalla forma giuridica e dalle modalità di funzionamento per cui resta travalicata la definizione nazionale contenuta nell'art. 2082 c.c.

Nell'ambito dell'accertamento in concreto rimesso al giudice nazionale veniva pertanto disapplicata la normativa nazionale nella parte in cui autorizzava misure fiscali esonerative e selettive ritenute aiuti di stato incompatibili con il mercato comune¹⁵.

¹¹ Art. 10 bis l. 29 dicembre 1962 n. 1745 introdotto dall'art. 6 del d.l. 21 febbraio 1967 n. 22 ed art. 6 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 601.

¹² Va peraltro rilevato che l'art. 101 II co. c.p.c., riformulato ad opera della novella di cui alla l. 69/2009, ora sancisce che ó quando il giudice ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio ó deve óriservareö la decisione, assegnando alle parti termini per il deposito di osservazioni sul punto. Tale rafforzamento del principio generale del contraddittorio (óistituzionalizzatoö nell'art. 111 Cost. sul giusto processo) è stato dettato, appunto, per evitare c.d. ódecisioni a sorpresaö (da ultimo Cass. 19 ottobre 2012 n. 17949 che ha statuito la nullità della sentenza che non ne faccia applicazione).

¹³ Cass., ord. 30 aprile 2004 n. 8319.

¹⁴ CGUE, sent. 10 gennaio 2006 C-222/04 *Cassa di risparmio di Firenze* +2.

¹⁵ Cass. SS.UU. 29 dicembre 2006 n. 27619.

In quella sede veniva formulato il principio di diritto al quale avrebbe dovuto attenersi il giudice del merito e cioè che la gestione da parte delle fondazioni bancarie di partecipazioni di controllo attraverso una propria struttura organizzata era idonea a far qualificare tali soggetti come imprese ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza salva la prova (incombente al soggetto che invocava l'agevolazione e doveva perciò dimostrarne la sussistenza dei presupposti) che tale gestione avesse avuto un ruolo strumentale alla provvista di risorse destinate all'esercizio di attività sociali, di beneficenza o culturali costituenti le uniche espletate dall'ente.

Come si vede il compito riservato alla Corte di giustizia resta quello di fornire al giudice di rinvio gli elementi di interpretazione che gli consentano di stabilire se una misura interna può essere qualificata o meno come aiuto di Stato ma spetta sempre al giudice nazionale ó nella fattispecie sottoposta al suo esame ó eventualmente disapplicarla ove ritenuta in contrasto con il diritto comunitario.

4. Il sistema cooperativistico e la collaborazione informativa con la Commissione

In tema di agevolazioni fiscali di cui sono beneficiarie le cooperative di produzione e lavoro (esenzioni IRPEG-ILOR e deduzioni di imposta)¹⁶, nonostante l'affievolimento della mutualità e del sistema di vigilanza disposto dalla riforma societaria che ha radicalmente modificato la disciplina giuridica di tali enti¹⁷, la Corte di Cassazione, avvalendosi della Comunicazione di cooperazione del 1995 (cit.), richiedeva alla Commissione informazioni sulle determinazioni già assunte e sugli elementi occorrenti per valutare la compatibilità di tali misure fiscali con il regime degli aiuti di Stato¹⁸.

La richiamata Comunicazione (punti 28 e 29) consentiva infatti ai giudici nazionali di interpellare la Commissione per acquisire *informazioni sulle procedure pendenti, sulle prassi adottate, sui dati fattuali ed economici pertinenti* per la qualificazione delle misure come aiuti di stato e sugli effetti distorsivi della concorrenza che creano.

Oggi le tecniche di assistenza informativa nel rispetto del dovere reciproco di leale collaborazione sono state ampliate ed affinate con la Comunicazione del 2009 (cit.)¹⁹ la quale (punti 3.1 e 3.2) prescrive ó non solo ó un obbligo generalizzato di trasmissione ai giudici nazionali, entro un mese dalla richiesta, delle informazioni in possesso della

¹⁶ Art. 11 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 601 nella versione in vigore dal 1984 al 1993.

¹⁷ D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 (riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative in attuazione della l. 3 ottobre 2001 n. 366) che ha introdotto la figura della cooperativa a mutualità prevalente.

¹⁸ Cass., ord. 17 febbraio 2006 n. 3525.

¹⁹ La Comunicazione della Commissione ricalca quella relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato (oggi 101 e 102 TFUE) in GU C 101 del 27 aprile 2004. Vedasi anche la disciplina al riguardo contenuta nel Reg.734/2013 cit.(ivi par.12)

Commissione riguardanti i procedimenti in corso e le indagini avviate, le decisioni esistenti, dati statistici ed analisi economiche, ma anche la formulazione di *pareri* ó entro quattro mesi dall'interpello ó su questioni economiche e giuridiche che possono sorgere nei contesti nazionali ai fini della qualificazione della misura quale aiuto di Stato (ma non sulla õcompatibilità comunitariaö che ó come si è detto ó rientra nell'ambito di valutazione esclusiva della Commissione)²⁰.

Naturalmente la Comunicazione fa salvo il potere dei giudici nazionali di chiedere direttamente alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario ex art. 267 del TFUE.

In tal senso alla fine si orientava la Corte di Cassazione che ó in quanto giudice di ultima istanza ó rimasta inevasa la interrogazione rivolta alla Commissione ó formulava apposito quesito alla Corte di giustizia per conoscere se le misure fiscali agevolative spettanti alle società cooperative fossero da considerare aiuti di Stato (e se l'uso della forma cooperativistica realizzasse un abuso del diritto per l'esclusivo o principale scopo perseguito di realizzare un risparmio fiscale)²¹.

La Corte di giustizia²² ó dopo aver dichiarato irricevibili le questioni sull'abuso del diritto ó rimetteva al giudice nazionale la valutazione finale sulle concrete modalità operative del *sistema cooperativistico nazionale* da svolgere nel quadro interpretativo all'uopo fornito circa gli elementi da prendere in considerazione per la qualificazione come aiuti di Stato, in particolare puntualizzando come la õselettività in linea di principio andava esclusa per le società cooperative che non si trovano in situazione analoga ó in fatto e diritto ó alle altre società commerciali ma ciò non impediva che potesse in concreto essere ravvisata laddove fosse emersa l'assenza del carattere õmutualisticoö della õpreminenzaö della persona sul capitale (superiorità dell'interesse economico dei soci, effettiva partecipazione alla vita sociale, equa ripartizione dei risultati economici).

Il giudice comunitario, in questo caso, non si limitava a mettere a disposizione della Cassazione i dati interpretativi attinenti la nozione di aiuto ma forniva al giudice remittente anche stringenti indicazioni sulle modalità di applicazione della disciplina agevolativa per consentire la *verifica di compatibilità* con i principi dell'art. 107 par. 1 TFUE, indagando se la società cooperativa di cui era causa si trovasse o meno in situazione equiparabile a quella delle altre società lucrative.

²⁰ Con la trasmissione alle giurisdizioni nazionali di *opinioni ed orientamenti* (non vincolanti) sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato secondo la prassi decisionale della Commissione si realizza la funzione di sostegno tipica dell'*amicus curiae*, figura mutuata dal diritto anglosassone (dove era già presente sin dal medioevo avanti al *King's Bench*) identificantesi in soggetto collaborante con la giustizia senza altro interesse che quello di evitargli errori nella decisione.

²¹ Cass., ord. 8 febbraio 2008 n. 3030.

²² CGUE, sent. 8 settembre 2011 in cause riunite da C-78/08 a C-80/08.

5. I contributi nel settore navale e l'interpretazione autonoma del giudice

La Corte di Cassazione, in altre occasioni, è intervenuta autonomamente sulla tematica degli aiuti di stato (senza interagire o cioè o con gli organismi comunitari) come nel settore della cantieristica navale²³ rilevando o ad esempio o sul c.d. *draw back* (restituzione in misura o forfettaria²⁴, calcolata sul valore fatturato all'acquirente estero, dei dazi doganali concernenti le materie prime importate ed impiegate nella costruzione delle navi mercantili) che, ove fosse mancato l'effettivo pagamento dei diritti di cui si pretendeva il ritorno, ci si sarebbe trovati al cospetto di un'elargizione *sine titulo* del tutto gratuita a favore dell'industria navale e, dunque, a sovvenzioni pubbliche a fondo perduto contrastanti con il diritto comunitario della concorrenza.

Di conseguenza la normativa italiana che ancora consentiva tale pratica²³ in tanto era da considerarsi sopravvissuta nell'ordinamento nazionale (nonostante l'avvenuta abolizione dei dazi nel mercato interno) in quanto fosse stato dimostrato dall'agente in ripetizione la avvenuta *solutio*, in ogni caso in misura superiore alla soglia forfettaria²⁴.

Analogamente è stato statuito sui contributi all'impresa navale esclusi dalla base imponibile Irap se corrisposti in conto esercizio o utilizzati per la copertura delle perdite.

Tale norma agevolativa²⁵ è stata ritenuta dalla Corte di Cassazione insuscettibile di interpretazione o estensiva²⁵, perché diversamente si sarebbe configurato un illegittimo aiuto di Stato per l'evidente vantaggio economico che l'ampliamento surrettizio dell'agevolazione avrebbe realizzato selettivamente e mediante l'utilizzo sia pur indiretto di risorse statali a favore di un circoscritto numero di imprese, così alterando il regime della concorrenza²⁶.

6. Osservanza del diritto comunitario e responsabilità del giudice

Va precisato che anche l'attività interpretativa del giudice può essere censurabile sul piano comunitario e fonte di responsabilità quando si traduca in una manifesta violazione o sostanziale e procedurale o del diritto comunitario che o come è noto o è riferibile a qualsiasi organo dello Stato la cui azione od omissione dia luogo alla trasgressione.

Il principio o affermato nel caso *Kobler*²⁷ in relazione alla decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza o è stato ripreso e valorizzato in tema di aiuti di stato nel caso *Traghetti del Mediterraneo* (TDM), vicenda coinvolgente il conflitto giudiziario con la soc. *Tirrenia* imputata di atti di concorrenza sleale e violazione delle regole comunitarie

²³ D.P.R. 15 luglio 1954 (art. 1) e tabella allegata.

²⁴ Cass. 10 giugno 2008 n. 15289 e Cass. SS.UU. 12 ottobre 2009 n. 21547.

²⁵ D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597 (art. 55) come richiamato dalla l. 10 giugno 1981 n. 361 (art. 8).

²⁶ Cass. 16 luglio 2010 n. 16721.

²⁷ CGUE, sent. 30 settembre 2003 C-224/01.

della concorrenza per le ridotte tariffe di navigazione che applicava inferiori al prezzo di costo grazie alle *sovvenzioni pubbliche* di cui godeva.

La domanda risarcitoria di TDM veniva respinta dalle Corti di merito sul rilievo della legittimità di tali sovvenzioni perseguenti obiettivi di interesse generale e così pure la Corte di Cassazione ó nonostante sollecitata a sottoporre alla Corte di giustizia le pertinenti questioni interpretative ó escludeva che la fattispecie rientrasse nell'ambito degli aiuti di Stato alla luce delle deroghe consentite al divieto generale per favorire lo sviluppo economico di regioni svantaggiate o di soddisfare domande di beni e servizi che il gioco della libera concorrenza non consentiva di esaudire²⁸.

Il curatore di TDM ó nel frattempo fallita ó a questo punto citava in giudizio lo Stato italiano per ottenerne la condanna al risarcimento del danno a titolo di responsabilità extracontrattuale per gli errori di interpretazione commessi dal giudice di legittimità e per la violazione dell'obbligo del rinvio impostogli quale giudice di ultima istanza.

In quella sede il Tribunale adito rimetteva alla Corte del Lussemburgo la questione della compatibilità comunitaria della limitazione della responsabilità del giudice italiano ai soli casi di *dolo* e *colpa grave*²⁹, con esclusione di ogni altra ipotesi di colpa.

Ed il giudice comunitario nell'occasione stabiliva l'importante principio secondo il quale siffatta limitazione era da considerarsi inoperante ogni qual volta risultasse commessa ó nella interpretazione delle norme giuridiche o nella valutazione delle prove e dei fatti operate da un organo giurisdizionale ó una violazione manifesta del diritto comunitario³⁰.

Questa regola è stata poi riaffermata all'esito di ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione contro la Repubblica Italiana in cui la Corte di giustizia ha statuito che le disposizioni della legge nazionale sulla *responsabilità dei magistrati* limitano ingiustificatamente la responsabilità patrimoniale dello Stato quando tramite i suoi organi giurisdizionali viola il diritto comunitario³¹.

E tanto induceva il Parlamento italiano ad avviare le prime proposte di modifica legislativa anche in relazione alle violazioni di diritto interno (per non creare inaccettabili discriminazioni tra i soggetti danneggiati)³².

²⁸ Cass. 19 aprile 2000 n. 5087.

²⁹ Legge 13 aprile 1988 n. 117 sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e la responsabilità civile dei magistrati (c.d. Legge Vassalli).

³⁰ CGUE, sent. 13 giugno 2006 C-173/03.

³¹ CGUE, sent. 24 novembre 2011 C-379/10.

³² I correttivi alla legge Vassalli prevedono che óchi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento di un magistrato in violazione manifesta del diritto o con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni o per diniego di giustiziaó, possa rivalersi facendo causa sia allo Stato che al magistrato per ottenere un risarcimento. Le novità proposte riguardano la responsabilità genericamente estesa alla ómanifesta violazione del dirittoó quale cattivo uso del potere giudiziario e la possibilità del cittadino di citare in giudizio direttamente il magistrato e non solo lo Stato. Questa ultima disposizione, peraltro, non sembra trovare paragoni nella maggior parte dei paesi europei (e neppure negli atti delle istituzioni comunitarie), dove il cittadino può far causa allo Stato e poi è semmai lo Stato, in caso di condanna, a rivalersi sul magistrato. Se fosse introdotta un'opzione del genere, le scelte del giudicante

7. La fiscalità regionale di vantaggio: le c.d. tasse sul lusso

Molteplici spunti di interesse presentano i rapporti tra la c.d. fiscalità regionale di vantaggio e la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, tema più volte affrontato dalla Corte di giustizia coinvolgente il fronte del *federalismo fiscale*, che ha visto per la prima volta la Corte costituzionale o per anni autoesclusa dal novero delle giurisdizioni abilitate ad avvalersi del disposto dell'art. 267 TFUE o assumere un ruolo attivo nel promuovere rinvio pregiudiziale di interpretazione³³.

Va precisato che l'orientamento dei giudici comunitari (e nello spirito della leale collaborazione anche delle Corti nazionali) è destinato a rivestire un'importanza cruciale al cospetto degli spazi di azione riconoscibili ai livelli di governo sub-centrali (quali le Regioni) che posseggono autonomia tributaria ma spesso la esercitano come strumento di promozione territoriale e di concorrenza fiscale suscettibile di incorrere nel divieto di aiuti allorché si traducano in misure selettive prive di autorizzazione in deroga.

Prima di esaminare il caso trattato dalla Corte costituzionale italiana³⁴ concernente le c.d. *tasse sul lusso* istituite dalla Regione Sardegna³⁵, occorre segnalare due importanti precedenti della Corte di giustizia³⁶ sulla selettività di misure fiscali di portata generale non implicanti concessione di vantaggi a determinate imprese o produzioni (rispetto ad altre che si fossero trovate in analoga situazione fattuale e giuridica) bensì esplicitanti la loro influenza esclusivamente nel territorio rientrante nella competenza di un ente infrastatale dotato di autonomia impositiva.

Si trattava, in entrambi i casi, di riduzioni di aliquota sia dell'imposta sui redditi per i soggetti passivi residenti nella regione delle Azzorre sia della imposta sulle società per i soggetti passivi con sede nei Paesi Baschi, rispetto alle maggiori aliquote vigenti sui territori nazionali del Portogallo e della Spagna.

Ebbene in tali pronunzie la Corte di giustizia o rivisitando il precedente modello di raffronto basato esclusivamente sulla delimitazione territoriale (nel senso di essere

finirebbero, infatti, per essere condizionate verso soluzioni che potessero meglio preservarlo dall'esercizio dell'azione diretta piuttosto che verso quelle maggiormente conformi a giustizia. E difatti il nuovo testo recentemente licenziato (Agosto 2014) ripristina la responsabilità indiretta del magistrato sia pur con obbligo di rivalsa dello Stato nei casi di negligenza inescusabile.

³³ Nell'occasione la Consulta o pur ribadendo la sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale o precisava di avere natura di giudice e, in particolare, di giudice di unica istanza (essendo preclusa impugnazione contro le sue decisioni) per cui si sarebbe verificata un'accettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario se non le fosse stata data la possibilità di interloquire con la Corte di giustizia.

³⁴ Corte cost., ord. 103 del 15 aprile 2008.

³⁵ L. reg. 11 maggio 2006 n. 4 (con le modifiche apportate dalla l. reg. 29 maggio 2007 n. 2) istitutiva dell'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico, sulle plusvalenze realizzate dalla loro cessione, sullo stazionamento di aeromobili ed unità da diporto.

³⁶ CGUE, sent. 6 settembre 2006, C-88/03 *Azzorre* e sent. 11 settembre 2008 C-428/06 a C-434/06 *Territorio Historico*.

qualificate come "selettive" e come tali idonee a configurare aiuto di Stato tutte quelle misure non applicabili indistintamente sull'intero territorio nazionale) o ha preso in considerazione l'ente impositore nel suo grado di "autonomia" rispetto al potere statale, dettagliando i criteri che debbono ricorrere per riconoscere quella "sufficienza" suscettibile di escludere o a seconda dei casi o la natura "selettiva" delle agevolazioni concesse in ambito locale.

La Corte o in particolare nell'ultima delle menzionate decisioni o ha fornito al giudice remittente gli elementi di riscontro per stabilire la sussistenza o meno di una "sufficiente autonomia" dell'ente infrastatale rispetto al governo centrale, formulando all'uopo il *triple-test* della:

- a. *autonomia istituzionale* (l'ente regionale che ha emanato la norma deve essere dotato, a livello costituzionale, di un proprio statuto, politico e amministrativo, indipendente da quello del governo centrale);
- b. *autonomia procedurale-decisionale* (la normativa deve essere adottata senza che il governo centrale abbia la possibilità di intervenire direttamente sul suo contenuto);
- c. *autonomia economica* (l'onere che l'ente subisce dall'adozione della misura non può essere compensato da contributi o sovvenzioni provenienti da altre regioni o dal governo centrale)³⁷.

La "selettività" veniva così circoscritta non tanto al contesto "geografico" quanto, piuttosto, all'articolazione giuridica del territorio secondo i suindicati parametri, assumendo di conseguenza un ruolo significativo sulle prerogative delle *autonomie locali*.

Tomando al caso italiano, la "sufficiente autonomia" (incentrata sul potere di istituire tributi propri) era invocata come esimente dalla Regione Sardegna nel giudizio di rinvio avanti alla Corte di giustizia per giustificare la "disparità di trattamento" tra imprese residenti e non residenti (per essere solo queste ultime assoggettate all'imposta di "scalo" per gli aeromobili utilizzati per trasporto privato o c.d. *aviazione generale d'affari* o e per le unità da diporto messe a disposizione di terzi, atterranti o approdanti in aerodromi o porti ubicati nel territorio sardo).

Era stata infatti tale "disparità" ad indurre la Corte costituzionale a rimettere ai giudici del Lussemburgo la questione pregiudiziale di compatibilità della disposizione fiscale con le norme del Trattato riguardanti la "libera prestazione dei servizi" e o soprattutto o il divieto di aiuti di Stato "selettivi", considerato il "vantaggio" economico concorrenziale derivante alle imprese residenti a seguito o non o della concessione ad esse di una agevolazione ma o indirettamente o dall'aggravio dei costi che andavano a

³⁷ Quest'ultimo criterio implica la risoluzione di questioni di non poco conto posto che, di regola, non sussiste relazione logica fra riduzione fiscale e flussi fiscali "compensatori" fra Stato centrale ed enti territoriali, i trasferimenti finanziari tra Stato ed enti locali fondandosi su quote e coefficienti la cui determinazione non sempre è automatica e potrebbe risultare o come nel caso spagnolo o almeno in parte frutto di negoziazioni politiche con conseguente difficoltà di individuare un nesso di causa ed effetto tra una misura fiscale adottata ed importi posti a carico dello Stato.

sopportare le imprese non residenti che si trovavano in situazione òfattuale e giuridicaö analoga.

E la Corte di giustizia³⁸ ó incentrando il giudizio sulle modalità e la destinazione del vantaggio regionale suscettibile di falsare la concorrenza con effetti discriminatori in un contesto di òomogeneitàö di situazioni imprenditoriali ó constatava che una normativa tributaria quale quella in oggetto (nelle more peraltro abrogata)³⁹ rappresentava un aiuto di Stato vietato.

8. *Supremazia del diritto comunitario ed òerosioneö del principio di giudicato*

La materia degli aiuti di Stato ha costituito un tramite importante nel processo di rafforzamento della òsupremaziaö del diritto comunitario con effetti estesi all'ordinamento processuale interno ed ó in particolare ó al principio di *intangibilità* della cosa giudicata (art. 2909 c.c.).

Emblematico il caso *Lucchini*, impresa siderurgica presentatrice di domanda di agevolazioni finanziarie per l'ammodernamento di taluni impianti che le autorità competenti istruivano come progetto di aiuto notificato alla Commissione la quale ó con decisione poi divenuta definitiva⁴⁰ ó lo dichiarava incompatibile con il mercato comune non ravvisando i presupposti per accordare deroghe.

Prima di tale decisione la società aveva provveduto a citare in giudizio le autorità italiane perché fosse accertato il diritto all'erogazione dell'aiuto che veniva riconosciuto con sentenza confermata in doppio grado e passata in giudicato sulla base della quale venivano versate ó in forza di decreto ingiuntivo di pagamento ó le somme reclamate.

Il governo italiano ó su sollecitazione della Commissione per il recupero dell'aiuto illegittimo ó revocava il precedente deliberato ed ordinava la restituzione della somma erogata ma il giudice amministrativo ó avanti al quale veniva impugnato dalla Lucchini il provvedimento ablatorio ó lo annullava assumendo che la PA nel rimuovere i propri atti invalidi incontrava, comunque, il òlimite del giudicatoö.

Il Consiglio di Stato ó adito dal Ministero dell'industria italiano contro la sentenza del TAR Lazio ó sottoponeva, quindi, alla Corte di giustizia quesito pregiudiziale per risolvere il contrasto fra la disposizione comunitaria che escludeva la legittimità dell'aiuto ed il giudicato nazionale che sanciva invece il diritto a riceverlo.

Il contrasto veniva superato dai giudici del Kirchberg⁴¹ con l'affermazione della *primauté* assoluta del diritto comunitario la cui applicazione non doveva incontrare ostacoli

³⁸ CGUE, sent. 17 novembre 2009 C-169/08.

³⁹ L. reg. 14 maggio 2009 n. 1.

⁴⁰ Dec. 20 giugno 1990 90/555/CECA.

⁴¹ CGUE, sent. 18 luglio 2007 C-119/05.

di alcun tipo nel diritto nazionale per cui, ove fosse stato impedito il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con una decisione della Commissione, era fatto obbligo al giudice nazionale di disapplicare la disciplina di diritto interno per garantire la piena efficacia della disposizione comunitaria⁴².

9. Modalità di recupero degli aiuti di Stato illegittimi

Le decisioni della Commissione che dichiarano l'*incompatibilità* di un aiuto adottando le conseguenti statuizioni sulla restituzione delle somme hanno efficacia *diretta* nell'ordinamento nazionale e quindi sono *vincolanti* nel senso di imporre allo Stato membro di eliminare l'atto (amministrativo o negoziale) o la norma di legge che prevede l'aiuto vietandone la concreta erogazione e disponendone il recupero, pena l'assoggettamento a procedura di infrazione in caso di inadempimento⁴³.

Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria l'unica ragione di difesa opponibile è la *impossibilità assoluta* di dare esecuzione alla decisione della Commissione⁴⁴ ravvisabile nei soli casi di difficoltà *impreviste e imprevedibili* o nei casi in cui vi siano conseguenze non considerate dalla Commissione stessa⁴⁵, essendo del tutto irrilevanti addotte difficoltà *giuridiche, politiche e pratiche*.

L'obbligo di restituzione è disciplinato dal Reg. CE 22 marzo 1999 n. 659 (recante le modalità di applicazione dell'art. 108 TFUE) il quale, all'art. 14, stabilisce che alla decisione della Commissione con la quale viene imposto allo Stato membro interessato di recuperare l'aiuto illegittimo deve essere data esecuzione *immediata ed effettiva* attraverso le procedure di recupero previste dalla legge dello Stato oppure con misure (amministrative o legislative) da adottare *ad hoc* per ristabilire la concorrenza violata.

⁴² L'erosione della portata oggettiva del giudicato, sorta in pratica quando è stato messo in discussione l'esercizio di una facoltà comunitaria propria della Commissione, è venuta a investire anche il campo dell'*abuso del diritto* di elaborazione comunitaria allorché, in risposta al quesito proposto ex art. 267 TFUE dalla Corte di Cassazione nel caso *Fallimento Olimpiclub* circa l'estendibilità del principio *Lucchini* a settori diversi da quello degli aiuti di Stato (ord. 10 ottobre 2007 n. 26996), la Corte di giustizia confermava che l'autorità del giudicato nazionale è pur presidio alla tutela della certezza del diritto e dei rapporti giuridici e doveva in ogni caso cedere al principio di effettività dell'ordinamento comunitario con riferimento alle pratiche fiscali abusive (CGUE, sent. 3 settembre 2009 C-2/08).

Recentemente è stato peraltro riaffermato il principio di *intangibilità* del giudicato secondo le norme procedurali interne anche quando una disapplicazione consentirebbe di rimediare ad una situazione nazionale contrastante con il diritto dell'UE (CGUE 10 luglio 2014 C/213/13 Cittadella Giustizia di Bari)

⁴³ Cass. 3 novembre 2010 n. 22318.

⁴⁴ CGUE, sent. 20 settembre 2007, C-177/07, *Commissione/Spagna* e sent. 13 novembre 2008, C-124/07, *Commissione/Francia*.

⁴⁵ CGUE, sent. 1° giugno 2006, C 207/05, *Commissione/Italia* e sent. 6 dicembre 2007, C-280/05, *Commissione/Italia*.

Tutta l'attività di recupero resta infatti di competenza dello Stato interessato ed è regolata dal diritto interno e dal proprio ordinamento processuale, fatto salvo il potere della Commissione di valutare se le misure poste in essere siano concretamente idonee a garantire effettivamente l'esecuzione e sanare o anche se *a posteriori* le distorsioni alla concorrenza generate dagli aiuti illegittimi⁴⁶.

Sotto il profilo della adeguatezza delle misure interne, può segnalarsi quanto avvenuto per la c.d. moratoria fiscale (esenzione per un triennio dall'imposta sui redditi)⁴⁷ disposta a vantaggio delle società per azioni a prevalente capitale pubblico (*ex municipalizzate*) esercenti servizi pubblici locali⁴⁸ che la Commissione europea accertava costituire aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune⁴⁹.

La Corte di giustizia, adita con ricorso per inadempimento, condannava la Repubblica Italiana per non aver *medio tempore* adottato provvedimenti tempestivi ed efficaci di recupero verso i beneficiari⁵⁰, tali non reputando o tra l'altro o le procedure all'uopo indicate nella legge comunitaria 2004⁵¹ (presentazione di dichiarazione integrativa con rideterminazione dei redditi di impresa riferiti agli anni fruente dell'esenzione ed autoliquidazione dell'imposta *ora per allora*, notifica entro sei mesi di avviso di accertamento dei corrispondenti tributi, possibilità di rateazione fino a ventiquattro mesi) di fatti poi rimodulate dalla legge del 2007 di attuazione degli obblighi comunitari⁵² tramite un più stringente *iter* di recupero (emissione di *comunicazione-ingiunzione*, iscrizione a ruolo, esclusione di dilazioni e di sospensioni amministrative).

Sempre per finalità acceleratorie, il legislatore nazionale provvedeva, poi, ad assoggettare il recupero ai principi ed alle ordinarie procedure di accertamento e riscossione stabilite per le imposte sui redditi, escludendo qualsiasi rilevanza ad eventuali *definizioni da condono* intervenute in base alla l. 289/2002 e disponendo che la iscrizione a ruolo avvenisse a titolo definitivo dell'intero anche in ipotesi di ricorso giurisdizionale⁵³.

Tanto in assonanza con i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁴ la quale aveva modo di chiarire che, quando anche la *definizione automatica* per ciascuna delle annualità pregresse (art. 9 comma 9 l. cit.) rendesse definitiva la liquidazione delle imposte risultanti dalla dichiarazione con riferimento alla spettanza di agevolazioni e deduzioni

⁴⁶ Invero il rimettere alla discrezionalità degli Stati membri la scelta dei mezzi più idonei per procedere al recupero degli aiuti illegittimi costituisce l'anello debole della catena a causa dell'implicito conflitto di interessi sotteso al fatto che lo Stato è l'autorità che prima concede la misura e poi deve procedere al recupero della stessa nei confronti dei propri cittadini talché i provvedimenti in tal senso necessari non hanno mai goduto di alta priorità negli ordinamenti nazionali.

⁴⁷ Art. 3 comma 70 l. 28 dicembre 1995 n. 549 ed art. 66 comma 14 l. 29 ottobre 1993 n. 427.

⁴⁸ Società costituite ai sensi dell'art. 22 della l. 8 giugno 1990 n. 142.

⁴⁹ Dec. 5 giugno 2002 2003/193/CE.

⁵⁰ CGUE, sent. 1° giugno 2006 C-207/05.

⁵¹ Art. 27 l. 18 ottobre 2005 n. 62.

⁵² Art. 1 l. 6 aprile 2007 n. 46.

⁵³ Art. 24 l. 28 gennaio 2009 n. 2.

⁵⁴ Cass. 16 maggio 2012 n. 7663.

indicate dal contribuente od all'applicabilità di esenzioni, la disposizione clemenziale andava disapplicata per contrasto con il principio di "effettività" proprio del diritto comunitario qualora avesse impedito il recupero dichiarato incompatibile con decisione definitiva della Commissione.

Il nuovo sistema di *concentrazione della riscossione nell'accertamento*⁵⁵, anticipando ed incorporando gli effetti esattivi del ruolo nei provvedimenti impositivi notificati *post* 1° ottobre 2011 (destinati a diventare automaticamente titoli esecutivi dopo il decorso infruttuoso del termine di adempimento senza necessità di notifica della cartella) potrebbe ulteriormente migliorare il sistema di recupero degli aiuti di Stato illegittimi sul piano della speditezza che deve contrassegnare le procedure secondo le ripetute indicazioni degli organi comunitari.

Comunque la l. 24 dicembre 2012 n. 234 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea) ha da ultimo provveduto in tal senso connotando di sempre maggior efficacia ed immediatezza i mezzi di recupero interno e stabilendo che "dopo la decisione della Commissione o venga formato un "titolo esecutivo" di recupero costituito da *decreto ministeriale* (o dell'ente territoriale competente) affidato per la riscossione ad Equitalia (art. 48).

10. Il giudizio di opposizione: mutamenti e riunificazione di riti

Una volta emanati gli atti per procedere al recupero dell'aiuto illegittimo nei confronti dei beneficiari che ne hanno fruito, può aprirsi dinanzi al giudice nazionale, in caso di opposizione, un contenzioso destinato ad affrontare i motivi di doglianza da costoro dedotti per resistere all'antimata restituzione.

La tipologia del processo dipende dalla natura dell'aiuto ma anche dell'autorità designata al recupero e determina un *riparto di giurisdizione* tra giudice ordinario e giudice tributario.

Se quest'ultimo è sovente il destinatario dei reclami avverso gli atti impositivi di recupero di *agevolazioni* ed *esenzioni* fiscali emessi dall'Amministrazione finanziaria, il giudice ordinario è chiamato a provvedere in altri significativi settori.

Così nel caso di restituzione degli *sgravi contributivi* previsti dalla normativa italiana per i *contratti di formazione e lavoro*⁵⁶ il giudice del lavoro è stato più volte coinvolto dall'opposizione avverso le iscrizioni a ruolo operate dall'ente previdenziale per

⁵⁵ Art. 29 della l. 30.7.2010 n. 122 e successive modifiche.

⁵⁶ L. 24 giugno 1997 n. 196.

il recupero di tali agevolazioni ritenute ó ove non rispettanti determinate condizioni ó aiuti di stato illegittimi⁵⁷.

Ancora, in tema di aiuti concessi alle *imprese di trasporto* italiane sotto forma di *crediti di imposta*⁵⁸ ritenuti parimenti incompatibili con il mercato comune⁵⁹, il credito da recuperare è stato qualificato di natura civilistica ed azionabile dal Ministero dei trasporti davanti all'AGO con domanda di ingiunzione⁶⁰.

Come si vede le procedure di recupero sono sempre state suscettibili di diversificazione processuale nel nostro ordinamento restando sottoposte ora alle regole del contenzioso tributario (d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546) ora a quelle del processo del lavoro (art. 442 e segg. c.p.c.) ovvero a quelle proprie del procedimento monitorio (art. 633 e segg. c.p.c.).

La riforma del codice di procedura civile sulla riduzione e semplificazione dei riti ó ha comunque ricondotto qualsiasi giudizio promosso avanti all'AGO in materia di aiuti di Stato al *rito del lavoro*⁶¹ in virtù dei caratteri di concentrazione processuale e di officiosità dell'istruzione che lo caratterizzano e che meglio si attagliano all'esigenza di immediatezza propria di questo tipo di contenzioso.

Poiché, peraltro, la molteplicità dei riti e le modalità decisionali chiaramente influiscono sui tempi di definizione della lite e sulla uniformità della giurisprudenza è stata da ultimo prescelta dal legislatore (l. 234/2012) la strada dell'attribuzione di tutta la materia (sia per le controversie riguardanti la validità dei provvedimenti concessori di aiuti sia per quelle afferenti i provvedimenti di recupero interni in esecuzione delle decisioni della Commissione) alla *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo (art. 49): per tali liti ó di natura impugnatoria e/o oppositiva ó sarà applicabile il rito abbreviato ex art. 109 codice processo amministrativo (d.lgs. 104/2010).

Le corrispondenti questioni insorte in via incidentale ó continueranno invece ad essere trattate dal giudice adito per la controversia principale (civile o tributario).

11. Questioni ed eccezioni processuali

È il legislatore o l'autorità amministrativa nazionale che deve dare attuazione alle misure di recupero disposte dalla Commissione e/o confermate dal giudice comunitario in sede di impugnazione.

⁵⁷ Commissione, dec. 11 maggio 1999 2000/128/CE.

⁵⁸ D.m. 28 gennaio 1992.

⁵⁹ Commissione, dec. 9 giugno 1993 n. 93/496/CEE e 2 ottobre 1996 n. 97/270/CE.

⁶⁰ Art. 3 l. 17 maggio 2002 n. 96.

⁶¹ Art. 9 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150.

Il giudice non può mai porre in discussione la validità del giudizio espresso dalla Commissione sulla incompatibilità della misura sul piano della concorrenza anche se siffatta decisione non pregiudica in assoluto la possibilità di considerare ragioni attinenti al caso individuale, quali quelle basate sulla regola c.d. *de minimis* (che esenta dal recupero gli aiuti che non eccedono l'importo di 200.000 euro nell'arco di un triennio in quanto presunti di entità tale da non incidere in misura significativa sulla concorrenza)⁶² ovvero emanazione di un Regolamento di esenzione.

La giurisprudenza di legittimità ha talora ritenuto che quando la decisione comunitaria si limiti ad una disamina generale ed astratta della legislazione agevolativa, prescindendo dall'esame di casi specifici, spetta al giudice del merito integrarne il giudizio per verificarne la sottoposizione alla procedura di recupero interno⁶³.

La pronuncia è stata peraltro ridimensionata da altri più recenti interventi della Suprema Corte⁶⁴ che hanno ribadito il principio secondo il quale il giudice nazionale non ha alcun potere valutativo nel merito (salva la verifica fattuale di ricorrenza delle menzionate condizioni esonerative) stante l'obbligatorietà e/o automaticità del recupero che non gli consente alcun *apprezzamento discrezionale* della fattispecie, rientrando l'esame di compatibilità della misura (e le vicende che ne contraddistinguono la procedura) nella competenza esclusiva della Commissione (al punto che nemmeno il *giudicato di diritto interno* o come si è visto nei casi *Lucchini* e *Olimpiclub* o può impedirne il recupero)⁶⁵.

In altre parole, ove il giudice nazionale o anziché limitare il proprio esame alla sola appartenenza dell'aiuto individualmente concesso alla categoria *de minimis* o lo estendesse fino ad escludere l'applicabilità alla fattispecie della disciplina della concorrenza (e di conseguenza del regime degli aiuti) facendo rientrare l'impresa nella clausola di salvaguardia (art. 106.2 TFUE) per svolgere i servizi in regime di monopolio, verrebbe illegittimamente ad invadere il campo di competenza della Commissione⁶⁶.

⁶² Reg. (CE)1998/2006 e Reg.(UE)1407/2013 . Sotto tale soglia, che delimita l'ambito quantitativo di legittimità comunitaria degli aiuti, essi non rispondono ai criteri di cui all'art. 107 del TFUE e non sono soggetti alla procedura di notifica dell'art. 108. Con il superamento della soglia riacquista, invece, pieno vigore la disciplina di divieto che involge l'intera somma, la quale deve essere recuperata per l'intero e non solo per la parte che ecceda il livello di tolleranza (Cass. 20 maggio 2011 n. 11228).

⁶³ Cass. 3 febbraio 2010 n. 2428 con riferimento alla dec. 2003/193/CE cit. sulle esenzioni fiscali delle società per azioni a prevalente capitale pubblico *ex lege* 142/90.

⁶⁴ *Ex multis* Cass. 27 aprile 2012 n. 6546.

⁶⁵ Solo in talune ipotesi di recupero di agevolazioni fiscali concesse a favore di imprese che hanno realizzato investimenti nei comuni colpiti da eventi calamitosi (quali quelli del 2002), l'Amministrazione è stata autorizzata dalla Commissione (dec. 2005/ 315/CE del 20 ottobre 2004) a procedere ad una verifica di compatibilità mediante controllo su ogni impresa beneficiaria, tenuta o ai sensi della l. 25 gennaio 2006 n. 29 o ad attestare gli elementi contabili occorrenti per l'accertamento di esistenza di un nesso chiaro e diretto tra calamità naturale ed aiuto di Stato necessario a risarcire il danno evitando fenomeni di sovracompensazione (Cass. 16 maggio 2012 n. 7662).

⁶⁶ Cass. 29 dicembre 2010 n. 26285.

Allo stesso modo sarebbe viziata da errore di diritto la sentenza del giudice interno che ritenesse irrilevante la decisione della Commissione disponente la sospensione della misura di aiuto fino all'esito della procedura di verifica⁶⁷.

Sul piano della distribuzione dell'onere della prova è stato poi osservato (con riferimento alle imprese a capitale pubblico usufruenti della c.d. "moratoria fiscale" dichiarata o come si è visto o incompatibile con il diritto comunitario) o che spetta al destinatario del recupero formulare nei termini di legge le pertinenti eccezioni (cioè l'applicabilità della *regola de minimis* ovvero l'inesistenza dei *presupposti soggettivi e/o oggettivi* di recupero) dandone compiuta dimostrazione, mentre rimane a carico dell'Amministrazione provare che la società rientra nel novero di quelle "costituite" a quello scopo e che ha effettivamente fruito dell'aiuto illegittimo⁶⁸.

Quanto all'incidenza del tempo sui rapporti dedotti in giudizio, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che è fuori luogo richiamare le regole nazionali sulla *decadenza* o *prescrizione*, dovendosi invece fare riferimento ai principi comunitari quali quelli discendenti sia dall'art. 15 del Reg. 99/659/CE *cit.* che ha fissato il termine per l'esercizio da parte della Commissione dei poteri di recupero in dieci anni dalla concessione del beneficio⁶⁹ sia dall'art. 288 del TFUE che impone l'obbligatorietà in tutti i suoi elementi della decisione della Commissione per i destinatari da essa designati, senza alcun potere discrezionale di revoca⁷⁰: principi questi ribaditi nell'art. 51 della l. 234/2012.

Invero il diritto interno o anche riguardo gli spazi temporali o resta "recessivo" rispetto a quello comunitario posto che l'interesse primario da tutelare è quello di evitare la distorsione della concorrenza e quindi occorre rimuovere i fattori che la producono nei termini scanditi dalla disciplina comunitaria.

Diversamente si offrirebbe agli Stati membri, sempre riluttanti a procedere al recupero degli aiuti, un facile *escamotage* per sottrarsi con carattere di generalità al relativo obbligo.

Né varrebbe appellarsi alla teoria dei c.d. "controlimiti" elaborata dalle Corti costituzionali nazionali a difesa della sovranità statale minacciata dal primato comunitario nei valori considerati "irrinunciabili" nell'ordinamento interno.

È stato affermato, al di là della difficoltà di ascrivere questi istituti connessi al decorso del tempo (inclusa la disciplina "clementiale") nell'ambito di quei valori irrinunciabili, che tale teoria è da ritenersi ormai "affievolita" a seguito della piena integrazione europea maturata alla luce di una evoluzione giurisprudenziale che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali, stemperando ogni conflitto tra

⁶⁷ Cass. 22318/2010 *cit.*

⁶⁸ Cass. 6546/2012, *cit.*, e Cass. 12 settembre 2012 n. 15207.

⁶⁹ All'infuori di quel termine l'aiuto dovrà perciò essere considerato come un aiuto "esistente" sottratto al recupero (Cass. 3 agosto 2012 n. 14022).

⁷⁰ *Ex multis* Cass. 16 maggio 2012 n. 7659.

ordinamento comunitario e diritto statale come dimostrato dal superamento del più volte richiamato principio di "autorità della cosa giudicata" quando contrasti con il principio di "effettività"⁷¹.

Occorre a questo punto domandarsi se sempre nell'ambito delle eccezioni opponibili dal soggetto passivo o se possa essere addotto o ad esimente dell'obbligo di restituzione degli aiuti o l'incólpevole affidamento del beneficiario che abbia creduto nella legittimità delle agevolazioni ottenute in base alla normativa interna.

Certamente la ragione non può fondarsi sulla mera fiducia riposta nella legge dello Stato e nel comportamento dell'Amministrazione deputata ad applicarla.

Sia la Corte di Cassazione sia la Corte costituzionale o seguendo la rigida interpretazione adottata sul punto dalla giurisprudenza comunitaria o hanno precisato che è l'operatore economico o per quanto in perfetta buona fede o a doversi rendere parte diligente verificando la regolarità ed il rispetto delle procedure destinate ad accertare la compatibilità della concreta concessione dell'aiuto con le norme comunitarie che lo prevedono e ne regolano il regime⁷².

Si tratta di una presa di posizione, questa, molto distante da quella "garantista" assunta dal legislatore statale sul tema dell'affidamento e della *leale collaborazione* esplicitato o in materia tributaria o nello Statuto dei diritti del contribuente che disciplina i rapporti tra questi e l'Amministrazione finanziaria⁷³: regola ritenuta dalla Cassazione immanente in tutti i rapporti anche di diritto pubblico siccome espressiva di principi di rango costituzionale⁷⁴.

In realtà la causa dell'affidamento va rinvenuta esclusivamente nell'ordinamento comunitario (l'unico che deve essere applicato e rispettato) ed o in ispecie o su un comportamento "direttamente imputabile" alla Commissione⁷⁵, quale o ad esempio o l'eccessivo ritardo nella procedura di verifica dell'aiuto⁷⁶ (e sempre che sia stato ottemperato al dovere di notificazione)⁷⁷ e/o il *modus operandi* che lasci intendere un orientamento decisorio favorevole all'aiuto ingenerando nel beneficiario il legittimo affidamento di considerarsi definitivamente in salvo da ogni declaratoria di incompatibilità.

⁷¹ Cass. 29 dicembre 2010 n. 26286 e 16 maggio 2012 n. 7659.

⁷² Cass. 25 marzo 2003 n. 4353 e Corte cost., ord. n. 36 del 6 febbraio 2009.

⁷³ Art. 10 l. 27 luglio 2000 n. 212.

⁷⁴ Cass. 10 dicembre 2002 n. 17576.

⁷⁵ Il Reg. (CE) 659/99 cit. nell'art. 14 dispone espressamente che non è imposto il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con il *principio generale del diritto comunitario* quale è la tutela del legittimo affidamento rispetto all'attività svolta dalle autorità comunitarie, non potendo essere tenuto alla restituzione un cittadino comunitario che abbia confidato nella compatibilità della misura a causa di una condotta adottata dalla Commissione.

⁷⁶ L'art. 7 del Reg. 659/99 cit. fissa in diciotto mesi dall'avvio della procedura il termine alla Commissione per emettere la decisione.

⁷⁷ CGUE, sent. 21 marzo 1991 C-303/88 *Repubblica Italiana/Commissione* in tema di aiuti di Stato ad imprese del settore tessile-abbigliamento.

12. Il procedimento cautelare

Come si è detto, le misure nazionali di recupero adottate da uno Stato membro devono consentire l'esecuzione effettiva ed immediata della decisione negativa della Commissione perché il ripristino della concorrenza violata deve avvenire nel più breve tempo possibile.

La responsabilità ricade sullo Stato ed i suoi organi, ivi compresi quelli giurisdizionali, per cui è quando si apre un contenzioso nazionale con l'inevitabile effetto di ritardare l'esecuzione o debbono essere selezionate le procedure più rapide per evitare tale inconveniente.

In questa direzione si era già mossa la Comunicazione della Commissione del 2007 intitolata "Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di stato illegali ed incompatibili"⁷⁸ che forniva indicazioni significative e tra l'altro è in materia cautelare con particolare riferimento alla "sospensione temporanea" dei provvedimenti nazionali di esecuzione.

Tale Comunicazione segnalava e sulla base dei precedenti comunitari⁷⁹ è come l'esercizio del potere inibitorio sia giustificabile solo quando il giudice nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario (*fumus*) provvedendo contestualmente ad effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e ricorrano gli estremi dell'urgenza di evitare un danno grave ed irreparabile (*periculum*), fermo l'obbligo di tener pienamente conto dell'interesse comunitario⁸⁰.

La sospensione della misura nazionale va invece negata nei casi in cui la decisione di recupero della Commissione asseritamente viziata da illegittimità non sia stata impugnata in sede comunitaria ovvero è ove impugnata è non sia stata colà richiesta (o rigettata) la parallela misura d'urgenza ai sensi degli artt. 278 e 279 del TFUE⁸¹.

Sulla scorta di tale Comunicazione ed anche per regolare un orientamento non sempre univoco della giurisprudenza di merito nazionale⁸² il legislatore italiano interveniva

⁷⁸ Com. CE 2007/C 272/05.

⁷⁹ CGUE, sent. 21 febbraio 1991 C-143/88 - C 92/89 *Zuckerfabrik* e sent. 9 novembre 1995 C -465/93 *Atlanta*.

⁸⁰ La valutazione è soprattutto per quanto concerne l'irreparabilità del pregiudizio e va in questo ambito orientata non solo sull'effettiva tutela del singolo con riferimento alla sua situazione aziendale e patrimoniale (*criterio soggettivo*) ma anche sul rispetto delle esigenze sovranazionali di ripristino della situazione di concorrenza violata (*criterio oggettivo*).

⁸¹ Questi principi sono stati tutti ripresi nella nuova Comunicazione del 2010 (cit.) sull'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali.

⁸² Così si era verificato per gli aiuti concessi con l. 24 novembre 2003 n. 326 sotto forma di incentivi fiscali alle nuove società ammesse alla quotazione in borsa (riduzione delle aliquote dell'imposta sui redditi con aumento consequenziale dell'utile dell'impresa per un triennio) dichiarati incompatibili con decisione della Commissione 2006/261 del 16 marzo 2005. Lo Stato italiano si attivava per il recupero degli aiuti, all'uopo istituendo appositi codici per consentire il versamento spontaneo. Questa iniziativa veniva però reputata insufficiente dalla Corte di giustizia, che è con sentenza 22 dicembre 2010 C-304/09 è dichiarava l'inadempimento dell'Italia per non aver adottato provvedimenti idonei, censurando come contributivo al denunciato ritardo anche l'operato della Commissione tributaria provinciale di Modena che aveva

in dettaglio nel 2008 con le disposizioni di attuazione degli obblighi comunitari riguardo sia ai giudizi civili sia ai giudizi innanzi agli organi della giustizia tributaria aventi ad oggetto gli atti e le procedure volte al recupero degli aiuti⁸³.

Con la suddetta normativa veniva prevista la sospensione di efficacia del titolo di pagamento, oltre che nelle ipotesi e sotto le condizioni prefigurate nella ridetta Comunicazione, anche al cospetto di *errore evidente* nell'individuazione del legittimato passivo o nel calcolo della somma da restituire, nel senso dell'emergenza *prima facie* del rifiuto allo stato degli atti e all'esito di una indagine meramente sommaria per presenza di *discrasie soggettive palesi* ovvero *incongruenze di conteggi* portanti a risultanze superiori rispetto al liquidato sulle singole voci di recupero (con sospensione, in tale ultimo caso, limitata al *quantum* derivante dall'errore).

L'esigenza di garantire una rapida definizione del contenzioso in materia induceva, inoltre, il legislatore a stabilire una sorta di corsia preferenziale caratterizzata o tra le altre varianti acceleratorie o dalla fissazione del termine di sessanta giorni dall'ordinanza di sospensione per definire nel merito la controversia tributaria, elevato a novanta giorni per i giudizi civili (salvo nel caso di rinvio della questione di validità alla Corte di giustizia da accompagnare con richiesta di trattazione di urgenza)⁸⁴: date oltre le quali il provvedimento sospensivo era destinato a perdere efficacia (in mancanza di istanza di riesame e di ottenimento di conferma improrogabile per ulteriori sessanta giorni).

Quest'ultima disposizione, prevedente la decadenza dell'effetto sospensivo del provvedimento giudiziale per il mero decorso del termine massimo di centocinquanta giorni (per i giudizi civili) e a prescindere dalla verifica di persistenza (o financo aggravamento) delle condizioni che determinavano l'arresto di esecutività, era peraltro dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale⁸⁵.

La Consulta, infatti, ne rilevava il contrasto sia con il diritto di difesa e l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) destinato a rimanere ingiustificatamente compresso da termini troppo ristretti per il compimento dei necessari atti istruttori da parte di chi aveva promosso il giudizio; sia con il rispetto della posizione paritaria delle parti per la posizione di indebito vantaggio attribuita all'ente pubblico ed il principio della durata ragionevole del processo implicante l'osservanza di limiti temporali certi ma entro un

sospeso l'atto di ingiunzione ritenendolo privo di fondamento giuridico (mentre la Commissione tributaria regionale di Bologna sospendeva l'intero giudizio in pendenza di ricorso per annullamento) e così obliterando i presupposti indicati dalla giurisprudenza comunitaria per intervenire cautelatamente sulle decisioni della Commissione.

⁸³ L. 6 giugno 2008 n. 101 (artt. 1 e 2).

⁸⁴ Ai sensi del nuovo Regolamento di procedura della Corte di giustizia (Reg. CE 15 settembre 2012) sono stabilite o limitazioni e semplificazioni alle fasi del procedimento comunitario. Il procedimento pregiudiziale di urgenza (art. 107) ed il procedimento accelerato (art. 105) sono oggetto anche della Raccomandazione ai giudici nazionali del 6 novembre 2012 (2012/C-338/01).

⁸⁵ Corte cost., sent. 7 luglio 2010 n. 281.

arco sufficiente a garantire lo spiegamento ò congruo ò del contraddittorio e dell'esercizio dei diritti di difesa.

Per effetto della l. 234/2012 anche il cautelare dovrebbe ora essere appannaggio del giudice amministrativo che applicherà le proprie regole (quelle sulla sospensione ò qualificata ò previste dalla l. 101/2008 riguardano solo il processo civile e quello tributario).

13. *La azione dei danneggiati dall'aiuto illegale: il diritto al rimborso*

Come si è visto, il rimedio naturale contro la violazione dell'art. 108.3 del TFUE (che impone notifica e rispetto della clausola di sospensione fino all'approvazione dell'aiuto) è il recupero immediato da parte dello Stato membro della misura illecitamente attuata nei confronti dei beneficiari.

Ed i giudici nazionali ó in linea di principio ó sono obbligati ad accogliere tali domande di rimborso eliminando gli ostacoli che vi si frappongono tramite le opposizioni proposte da chi è tenuto a restituirli.

La prematura concessione dell'aiuto è, peraltro, suscettibile di determinare distorsioni alla concorrenza e dunque di pregiudicare nelle more sia la posizione dei concorrenti del beneficiario (per il rafforzamento che si determina per una impresa sull'altra grazie alle illegittime sovvenzioni ricevute) sia quella dei terzi che risentano comunque lesione dei loro interessi (come avviene in tema di esenzioni fiscali non fruite da determinati soggetti o ó per converso ó laddove siano imposti oneri fiscali straordinari a carico di determinate categorie e non di altre).

Entrambi questi soggetti (concorrenti e terzi) hanno legittimazione ad agire davanti al giudice nazionale come precisa la stessa Comunicazione del 2009 cit. (punti 72 e segg.) per cui lo Stato potrebbe trovarsi ó oltre che *parte attiva* nel recupero in attuazione della decisione della Commissione ó anche *parte passiva* nell'eventuale azione di rimborso dell'indebito fiscale (quale onere integrante o strettamente correlato alla misura di aiuto erogato in violazione del diritto comunitario).

Questo ultimo profilo ó invero ó non risulta particolarmente approfondito dalla Comunicazione cit. anche perché trattasi di rimedio ò eccezionale ò che necessita della prova che il pagamento formi parte integrante dell'aiuto; cioè che il gettito della tassa sia destinato al finanziamento dell'aiuto e dunque influenzi direttamente l'entità della esenzione fiscale o della sovvenzione concessa ad altri soggetti in violazione dell'art. 108 del TFUE.

Il rimborso dell'onere si atpeggia così come mezzo di recupero a favore del terzo inciso per riparare le conseguenze dell'illegalità dell'aiuto illegittimamente versato ove sussista un *vincolo di destinazione* tra tributo ed aiuto⁸⁶.

Non è invece consentito ó al di fuori di tale evenienza ó estendere il beneficio concesso a taluni anche a coloro che siano obbligati *ab origine* a versare il tributo abilitandoli ad eccepire dinanzi ai giudici nazionali l'illegittimità dell'esenzione per sottrarsi al pagamento dell'imposta o per ottenerne rimborso: rimedio inappropriato, questo, perché contribuirebbe ad aumentare gli effetti nocivi dell'aiuto anziché ad eliminarli⁸⁷.

Vi sono stati poi casi di *tributi c.d. asimmetrici* imposti ad una categoria e non ad altra (sfruttante così il conseguente vantaggio finanziario) che hanno visto riconosciuto in sede comunitaria il diritto al rimborso per illegittima riscossione risultando l'onere fiscale e l'agevolazione/esenzione elementi indissociabili di una stessa misura fiscale⁸⁸.

Tanto potrebbe attagliarsi anche alla ricordata vicenda delle c.d. *tasse sul lusso* in Sardegna (con illegittima discriminazione tra imprese residenti e non) che, dopo l'intervento della Corte di giustizia (su rinvio della Corte costituzionale), avrebbe potuto legittimare un'azione giurisdizionale di rimborso dei tributi versati da parte delle imprese non residenti.

14. (segue) *il risarcimento del danno*

Nel quadro del ruolo che svolgono in questa materia i giudici nazionali non è escluso che essi vengano chiamati a pronunciarsi anche sulle domande di risarcimento dei danni causati dall'aiuto di Stato illegale proponibili sia nei confronti dell'autorità statale che esso aiuto abbia erogato sia nei confronti del beneficiario del medesimo.

Esempio di questa duplicità di azioni si rinviene nel caso TDM citato.

È principio consolidato che gli Stati membri sono tenuti ó *in primis* ó a compensare i danni prodotti agli individui da violazioni del diritto comunitario (sia quali perdite patrimoniali sia quali impedimenti al miglioramento della situazione economica), purché la disposizione infranta sia preordinata a conferire posizioni di diritto in capo ai singoli, la violazione sia grave e manifesta (cioè sufficientemente *õcaratterizzataö*), sussista un nesso di causalità *õdirettaö* tra la violazione ed il danno⁸⁹.

⁸⁶ CGUE 23 novembre 2003 *Enirisorse* dove l'impresa pubblica portuale veniva finanziata con parte rilevante del gettito del tributo imposto agli altri operatori.

⁸⁷ CGUE 4 ottobre 2006 C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich*.

⁸⁸ CGUE 7 settembre 2006 C-526/04 *Laboratoires Boiron* riguardante il contributo istituito dalla legge francese sulle vendite dirette dei medicinali effettuate dai laboratori farmaceutici ma non su quelle praticate dai grossisti distributori.

⁸⁹ CGUE, sent. 19 novembre 1991 C-6/90 e C-9/90 *Francovich* e sent. 5 marzo 1996 C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*.

È di chiara evidenza che la norma dell'art. 108.3 del TFUE è provvista di efficacia diretta e dunque normalmente preordinata a conferire diritti ai singoli, le autorità statali non godono di alcun potere discrezionale in materia e quindi la violazione del diritto dell'Unione è da considerarsi grave, mentre più ardua è la dimostrazione del nesso causale tra violazione degli obblighi incombenti allo Stato e danno risentito dai soggetti lesi.

Si discute se, ove lo Stato fosse o da un lato o tenuto ad esigere la ripetizione dell'aiuto illegittimo e o dall'altro o venisse chiamato per la stessa fattispecie a risarcire in pari misura il danno, potrebbe prospettarsi una concessione indiretta di aiuto di Stato e dunque venir vanificato il risultato della decisione della Commissione.

Va peraltro ritenuto che i due termini non sono del tutto equivalenti, specie nei presupposti e sul piano quantitativo, per cui il risarcimento che le autorità nazionali fossero condannate a pagare ai singoli per il danno loro arrecato non potrebbe mai costituire aiuto di Stato⁹⁰.

Sulla responsabilità dell'impresa beneficiaria dell'aiuto verso il concorrente il diritto dell'Unione non offre invece spunti utili; anzi manifesta un orientamento contrario non essendo previsto sul piano comunitario che quegli sia tenuto a risarcire il danno per aver accettato l'aiuto.

Non può essere comunque negata l'esistenza di un obbligo di diligenza nella verifica del rispetto delle procedure di controllo (come già visto in tema di buona fede oppositiva ai recuperi) anche se la soluzione della questione è destinata a transitare dal diritto nazionale che ben può prevedere la responsabilità civile dell'operatore per fatto illecito quando accetti un sostegno illegittimo (in violazione dell'art. 108.3 TUFL)⁹¹.

Entrando in tal caso in gioco le disposizioni interne in materia di *responsabilità extracontrattuale* le forme di tutela potranno trovare inquadramento nella disciplina della concorrenza sleale per il caso di impiego di mezzi non conformi ai principi della *correttezza professionale* ed idonei a danneggiare l'altra azienda (art. 2598 n. 3 c.c.)⁹², in tale categoria rientrando anche quegli atti di concorrenza che si traducono in violazioni di norme di diritto pubblico⁹³.

Il giudice potrà, naturalmente, ricorrere a tutte le misure provvisorie a sua disposizione secondo le regole processuali nazionali per far almeno cessare temporaneamente gli effetti concorrenziali dell'aiuto quando anche in corso di concessione, essendo suo obbligo tutelare i diritti individuali a norma dell'art. 108 par. 3 del TFUE (c.d.

⁹⁰ CGCE 27 novembre 1988 C 106-120/87 *Asteris EA*.

⁹¹ CGCE 11 luglio 1996 C-34/94 *SFEI*.

⁹² Peculiare il caso trattato da Cass. 21 aprile 1983 n. 2743 sulla illiceità del c.d. *dumping* interno attuato con sistematico svolgimento antieconomico dell'attività di impresa e l'abbattimento dei prezzi sotto costo venendo così ad essere infrante le regole su cui gli operatori economici confidano nell'affrontare il mercato nella misura consentita dalla produttività del sistema e dalle generali condizioni obbiettive della produzione.

⁹³ Cass. SS.UU. 23 febbraio 1976 n. 582.

clausola di sospensione) e dunque facultato a disporre misure volte ad arrestarne l'erogazione e/o equilibrarne gli effetti.

La nuova Comunicazione del 2009 (cit.) si occupa solo incidentalmente delle domande di risarcimento del danno e ó sul presupposto che la parte lesa pretenda il *lucro cessante* derivante dall'aiuto illegale devoluto a terzi ó segnala al giudice nazionale taluni criteri per determinarne il *quantum*: il calcolo dei guadagni ritraibili dalle altrui opportunità commerciali (aggiudicazione di opportunità commerciali) ovvero ó in caso di perdita globale di *quota di mercato* ó il differenziale del reddito effettivo rispetto a quello ottenibile se l'aiuto non fosse stato concesso.

Resta ferma ogni più ampia liquidazione per i casi estremi di abbandono dell'attività di impresa (ad esempio per insolvenza) ed il ricorso a óstime ragionevolió ove sia consentito dalle norme procedurali interne (come in Italia il criterio equitativo ex art. 2056 c.c.).

Si tratta di criteri alquanto generici che il giudice potrebbe, all'occorrenza, integrare con le più raffinate metodologie e tecniche disponibili per la quantificazione del danno antitrust nel *private enforcement* a seguito delle infrazioni agli artt. 101 e 102 del TFUE⁹⁴.

Occorre infine segnalare che l'art. 50 della l. 234/2012 stabilisce che i provvedimenti concessori di aiuti in violazione dell'art. 108.3 TFUE possono oggi essere impugnati solo avanti al TAR competente per territorio.

Legittimati a ricorrere saranno terzi e concorrenti lesi dal provvedimento abilitati a chiederne l'eliminazione e/o sospensione avanti al giudice amministrativo ivi proponendo anche l'eventuale azione di danni contro la PA stante l'ormai acquisita separazione tra tutela *caducatoria* (annullamento) e tutela *risarcitoria/ripristinatoria* che consente l'esercizio dell'azione in via autonoma sempre avanti al GA in ipotesi di giurisdizione esclusiva (art. 30 c.p.a.).

Dell'eventuale (e concorrente) azione risarcitoria contro il beneficiario dell'aiuto conoscerà invece l'AGO.

⁹⁴ Nel *Draft di orientamento* sulla quantificazione del danno predisposto dalla DG concorrenza nel giugno 2011 (dopo l'emissione nell'aprile 2008 del Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie) sono richiamati una serie di meccanismi valutativi essenzialmente riconducibili al metodo c.d. "contro-fattuale" del *but for* e in quelli che vanno sotto il nome di *Before and after theory* e *Yardstick theory*. Il primo presuppone il confronto tra la situazione patrimoniale del danneggiato come si presenta a seguito dell'illecito e quella ó puramente ipotetica ó che si sarebbe determinata in sua assenza. Lo scenario descritto è lo óstato del mondoó che si sarebbe realizzato qualora non si fosse verificato il comportamento vietato. Il secondo ó di comparazione *storica* ó postula la messa a confronto dei profitti realizzati prima (*before*) e dopo (*after*) l'illecito a condizione che i due periodi di riferimento (*base period* e *damage period*) siano attendibilmente e sufficientemente raffrontabili in assenza di fattori estranei alla azione anticoncorrenziale altrui che abbiano in ipotesi concorso alla compressione delle *performances* economiche della vittima. Il terzo ó di comparazione *ideale* ó impone il confronto tra i profitti realizzati dall'impresa danneggiata dopo l'illecito con quelli di altra impresa con analoghe caratteristiche ma rimasta immune da pratiche anticoncorrenziali.

Vedasi da ultimo la Comunicazione della Commissione C 167/19 (GUUE del 13 giugno 2013) e l'ivi richiamata óGuida praticaó.