

Convegno ‘I confini dell’aiuto di Stato:
nozione, recupero e private enforcement’

**Le sfide del private enforcement
in tema di aiuti di Stato:
una prospettiva economica**

Ginevra Bruzzone e Marco Boccaccio

Università degli Studi di Milano,
25 novembre 2019

Indice

1. Le due funzioni del private enforcement guardando agli incentivi
2. Le ‘antenne private’ per le violazioni dell’art. 108(3) TFUE
3. Il risarcimento del danno
4. Prospettive del private enforcement

I. Le due funzioni del private enforcement guardando agli incentivi

Le due funzioni del private enforcement in tema di aiuti di Stato

- Per private enforcement delle regole sugli aiuti di Stato intendiamo le azioni di privati davanti ai giudici nazionali per violazioni dell'obbligo di notifica preventiva alla Commissione e di *standstill* di cui all'art. 108(3) TFUE e le azioni per il risarcimento del danno derivante dall'aiuto illegale/ incompatibile
- Il private enforcement in tema di aiuti di Stato ha due funzioni:
 - a. contribuisce al decentramento dell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato, che è una delle caratteristiche della modernizzazione, attraverso l'azione di 'antenne private' sparse sul territorio degli Stati membri
 - b. assicura il risarcimento del danno per i soggetti che hanno subito un pregiudizio in ragione di un aiuto illegale, ossia erogato in violazione dell'art. 108(3), sia nello scenario in cui una volta notificato sia ritenuto compatibile con il Trattato, sia laddove sia ritenuto incompatibile

La prospettiva economica

Guardare al private enforcement delle regole sugli aiuti di Stato in una prospettiva economica:

- richiede di porre al centro dell'analisi gli incentivi dei vari soggetti (amministrazioni, beneficiari degli aiuti, concorrenti e così via)
- richiede di analizzare la fondatezza delle teorie del danno che un privato sopporta in ragione di un aiuto di Stato illegale/incompatibile e di verificarle alla luce dei fatti

2. Le ‘antenne private’ per le violazioni dell’art. 108(3)

Denunce alla Commissione o azione davanti ai giudici nazionali?

Per segnalare possibili violazioni dell'art. 108(3) TFEU i privati hanno a disposizione due possibili canali:

- a. segnalazione alla Commissione europea, nell'ambito del *public enforcement*. Lo status di denunciante è oggi valorizzato dalle regole europee di procedura (reg. (UE) 2015/1589): se la segnalazione non soddisfa i requisiti del 'complaint' la Commissione europea ne tiene comunque conto come 'market information'
- b. azione davanti ai giudici nazionali per violazione dell'art. 108(3) in base all'effetto diretto della disposizione (*private enforcement*)

Dai dati disponibili sul sito DG Comp si può ricavare in quante delle decisioni adottate dalla Commissione negli ultimi anni l'impulso deriva da una denuncia. Il *private enforcement* è in aumento: lo studio del 2019 promosso dalla Commissione rileva, nel periodo 2007-2017, 594 casi; il 36% (circa 200 casi) sono azioni da parte dei concorrenti del beneficiario⁷

Incentivi ed effetti virtuosi

Incentivo dei privati a sollevare il problema della violazione dell'art. 108(3)

- dato che l'aiuto di Stato o presunto tale è per definizione un vantaggio distorsivo della concorrenza, è ragionevole che qualcuno possa esserne disturbato e quindi contestare il mancato rispetto dell'art. 108(3) da parte dell'amministrazione erogante; la crescente preparazione degli avvocati in materia di aiuti di Stato favorisce le azioni

Effetti virtuosi del sistema decentrato di raccolta di informazioni

- più le antenne private funzionano, più le amministrazioni (e i beneficiari dell'aiuto) sono incentivati a verificare con attenzione ex ante se le misure pubbliche di sostegno sono soggette a obbligo di notifica. Le amministrazioni in caso di dubbio sarebbero comunque tenute a parlare con la Commissione

Quale via seguirà il privato?

Segnalazione alla Commissione:

semplice ed economica; la può fare chiunque (informazione di mercato), ma per avere lo status di complainant occorre essere un soggetto interessato ai sensi dell'art. 1, lett h del regolamento (UE) 2015/1589 e segnalare nel formato standardizzato

Azione davanti ai giudici nazionali:

rapidità del blocco dell'aiuto non notificato, evitando che si prolunghi il vantaggio indebito nell'attesa della pronuncia della Commissione;
possibilità di essere risarciti

Presupposto della segnalazione/dell'azione da parte del privato

- sussistenza dei presupposti dell'art. 107(1), ossia dell'aiuto di Stato

- sussistenza dell'obbligo di notifica:
 - la misura non è coperta da GBER, de minimis, decisione 2012/21 SIEG; la misura non soddisfa le condizioni dell'aiuto esistente

Difficoltà pratiche

- delimitare i confini dell'aiuto di Stato, nonostante la comunicazione NOA della Commissione, resta complicato, anche per le autorità degli Stati membri. Tra gli aspetti problematici:
 - coinvolgimento di risorse pubbliche e imputabilità allo Stato (la giurisprudenza della Corte sta progressivamente chiarendo)
 - selettività dei regimi fiscali
 - MEOP –difficile per un altro soggetto avere l'informazione
 - verificare se è soddisfatta la quarta condizione di Altmark in assenza di gara pubblica – benchmarking con un concorrente efficiente
- per gli aiuti non notificati in quanto ritenuti dall'amministrazione esenti dall'obbligo di notifica (GBER ecc.) non è detto che un concorrente abbia le informazioni necessarie. Possibile ruolo degli strumenti di trasparenza degli aiuti introdotti con la modernizzazione?

Le difficoltà dipendono in parte dalla complessità delle nozioni, in parte dalla mancanza di informazioni

Pertanto, per le violazioni dell'art. 108(3)

- **Dal punto di vista del privato**, se c'è solo un sospetto meglio rivolgersi alla Commissione (che poi chiede informazioni agli Stati membri per capire meglio se c'è da aprire un procedimento) – lo studio sul private enforcement del 2019 indica che l'esito delle azioni davanti ai giudici nazionali è ritenuto incerto e costoso (p. 63) (cfr. in particolare contributi della Repubblica Ceca e della Repubblica Slovacca) => ci si rivolge al giudice nazionale solo se c'è un obiettivo specifico (rapidità del blocco/recupero dell'aiuto, ecc.)
- **Dal punto di vista della Commissione**, il rischio è che, nonostante le modifiche del regolamento di procedura e la tipizzazione del contenuto delle denunce, arrivino molte segnalazioni generiche e che non hanno poi un seguito (in media prima delle modifiche del 2015 arrivavano 300 denunce all'anno)

3. Il risarcimento del danno

Diritto alla compensazione o strumento di policy?

- Il private enforcement assicura il risarcimento del danno a chi ha subito un pregiudizio in ragione di un aiuto illegittimo/illegale ed eventualmente anche incompatibile, da parte dell'amministrazione che ha erogato l'aiuto (*SFEI*, C-39/94; *Transalpine Ölleitung*, C-368/04; *CELF I*, C-199/06). E' un diritto, prima che una questione di policy, riconosciuto come tale dalla Corte
- Applicazione della giurisprudenza *Francovich* (C-6/90) e *Brasserie du Pecheur* (C-46/93) sulla risarcibilità dei danni derivanti dalla violazione da parte dello Stato membro di regole europee. Tre condizioni cumulative per la risarcibilità:
 - a. la norma europea violata conferisce diritti agli individui (per gli AdS soddisfatto, cfr. *CELF*, § 38);
 - b. violazione sufficientemente grave (per art. 108(3) si può presumere tale, salva l'ipotesi di errore scusabile)
 - c. nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo e il danno¹⁴

Funzione di deterrenza?

- Se il risarcimento del danno da aiuto illegale possa anche svolgere una funzione di deterrenza rispetto alle violazioni dell'obbligo di notifica, in aggiunta allo strumento principe per la deterrenza che è il recupero dell'aiuto, dipende da quanto le pubbliche amministrazioni e i beneficiari attribuiscono una significativa probabilità allo scenario di azioni per il risarcimento del danno
- Rispetto all'antitrust dove, post direttiva 2014/104, è evidente la funzione di deterrenza che, almeno indirettamente, viene svolta dalle azioni volte al risarcimento dei danni da cartello o da abuso escludente, per gli aiuti illegali analoghe azioni restano piuttosto complicate, quindi solo in misura ridotta svolgono un impatto di deterrenza rispetto alle violazioni

Il danno risarcibile

➤ Per la violazione dell'art. 108(3), è il danno da anticipazione indebita del vantaggio; se il vantaggio risulta poi incompatibile, è il danno tout court derivante dal vantaggio indebito. Nota bene:

- a. il danno non coincide concettualmente con il vantaggio ricevuto dal beneficiario ed eventualmente oggetto di recupero;
- b. il danno va individuato con riferimento alla situazione controfattuale in assenza dell'aiuto illegale e può includere danno emergente e lucro cessante, come per l'antitrust (sono danni a cui il recupero non pone rimedio)
- c. anche gli approcci e le tecniche per la quantificazione del danno sono gli stessi dell'antitrust (metodi comparativi, modelli economici, modelli finanziari basati sui costi), tecniche semplici o regressioni => si può fare riferimento alle linee guida sulla quantificazione danno della Commissione, guardando alla parte sugli abusi escludenti

Rispetto all'antitrust, quello che cambia è la **struttura della theory of harm relativa al danno privato**

Dimostrare la sussistenza del danno

➤ Concentrando l'attenzione sui concorrenti – il claimant più naturale – è utile il confronto con il risarcimento del danno per abusi escludenti del diritto antitrust. In entrambi gli scenari bisogna dimostrare la sussistenza di un danno e il nesso di causalità. Se per l'abuso c'è un solo passaggio (condotta dell'impresa dominante– nesso di causalità – pregiudizio per il concorrente), per l'aiuto illegittimo (ed eventualmente incompatibile) un'azione risarcitoria richiede in genere due passaggi:

- a. aiuto => nesso di causalità => situazione/comportamento economico del beneficiario (ad es. prezzi più bassi, o permanenza di impresa in crisi sul mercato)
- b. situazione/comportamento economico del beneficiario => nesso di causalità => pregiudizio per il concorrente (ad es. perdita di quota di mercato)

➤ occorre raccontare una credibile *theory of private harm* e supportarla con adeguati elementi di fatto, dimostrando i nessi di causalità ¹⁷

Sullo sfondo

- **Ipotesi di altri soggetti danneggiati:** ad es. creditori del beneficiario danneggiati dal recupero; creditori dei concorrenti danneggiati dagli aiuti illegali (n.b.: la giurisprudenza *Brasserie du Pecheur* richiede di dimostrare il nesso diretto di causalità)
- **Ipotesi dell'azione risarcitoria nei confronti del beneficiario:**
l'azione nei confronti del beneficiario dell'aiuto non si può basare sul diritto europeo (*SFEI*), eventualmente può basarsi sul diritto nazionale (ad es. concorrenza sleale o responsabilità extracontrattuale)

Alcune ipotesi concrete e alcuni scenari

- a. SNCM:** compensazione aggiuntiva ingiustificata di obbligo di servizio pubblico per i servizi ferry tra Marsiglia e la Corsica, che consente a SNCM di attivare due ulteriori imbarcazioni nei periodi di punta. Aiuto dichiarato incompatibile; azione risarcitoria follow-on; il claimant è uno dei due concorrenti sulle rotte verso la Corsica e sostiene di avere perso un numero considerevole di passeggeri a causa dei servizi aggiuntivi. Le questioni riguardano la quantificazione del danno risarcibile – nel 2018 la Corte d'appello amministrativa di Marsiglia affida il compito a un esperto, che terrà conto delle preferenze dei passeggeri e dei limiti di capacità
- b. CELF:** aiuto incompatibile; SIDE, che è l'altro concorrente nell'esportazione di libri in francese, chiede il risarcimento; il tribunale amministrativo di Parigi e la corte d'appello respingono ritenendo non dimostrata l'esistenza del danno – nel 2017 il Consiglio di Stato annulla le sentenze, chiamando il giudice a utilizzare in modo proattivo i propri poteri di raccolta di informazione. In linea con *Laboratoires Boiron* (C-526/04)

Alcune ipotesi concrete e alcuni scenari

c. Scenario dell'**aiuto a impresa in crisi**: se si riesce a dimostrare che in assenza dell'aiuto il beneficiario sarebbe uscito dal mercato, la teoria del danno privato è che la sua quota di mercato nel periodo in cui è stato sussidiato sarebbe stata ripartita tra i concorrenti— più facile se un solo concorrente

d. **Grazie all'aiuto il beneficiario riesce ad aggiudicarsi un contratto**: occorre dimostrare che il beneficiario si è aggiudicato il contratto grazie all'aiuto e tener conto della probabilità con cui il concorrente avrebbe vinto in assenza dell'aiuto (cfr. il caso *Richard Ducros*, 1999, davanti ai giudici francesi). Nb: per i contratti pubblici la direttiva 2014/24 consente di respingere l'offerta anomalmente bassa se l'ente aggiudicatore accerta che l'offerta dipende da un aiuto di Stato e l'offerente non dimostra che è aiuto compatibile

e. Esenzione fiscale o riduzione dei costi: occorre dimostrare che che porta a una **riduzione dei prezzi, o a *cross subsidies*** (caso *Betws Anthracite*, 2003, davanti ai giudici inglesi)

4. Prospettive del private enforcement

Per ridurre le violazioni dell'art. 108(3)

- le antenne private possono svolgere un ruolo importante. Tuttavia, anche dato che la conoscenza delle regole sugli aiuti di Stato non è diffusa, c'è il rischio da un lato di poche azioni, dall'altro di segnalazioni non fondate
- occorre continuare a promuovere la formazione in materia di aiuti di Stato
- è fondamentale continuare a chiarire, attraverso la ECJ, i confini della nozione di aiuto di Stato: serve alle amministrazioni, ai giudici, ai denunciatori. L'applicazione diretta dell'art. 107(1) richiede che i confini della nozione di aiuto di stato siano giuridici – con poca discrezionalità amministrativa – solo così il decentramento non diventa caos
- per un efficace sistema decentrato occorre frenare le richieste velleitarie. Alla Commissione continuano ad arrivare molte richieste di intervento poco argomentate che non hanno seguito. I giudici nazionali (soprattutto se competenti e rapidi) possono fare da filtro

Risarcimento del danno

- le azioni risarcitorie hanno maggiore probabilità di successo se nel mercato ci sono **pochi concorrenti** (AG Tesauro in *Tubemeuse* 1998)
- è importante che i giudici applichino la giurisprudenza *Laboratoires Boiron* non solo per accertare la sussistenza dell'aiuto ma anche per il risarcimento del danno, utilizzando gli strumenti processuali previsti dal diritto nazionale per raccogliere le informazioni, in attuazione del principio di effettività. Oneri per l'attore: ad es. nella dir. 2014/104, per l'attivazione dei poteri di disclosure l'attore deve avere portato “una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno”
- serve anche un'armonizzazione dei poteri di **disclosure**, sul modello dell'art. 5 della direttiva 2014/104?

Sempre sulle azioni risarcitorie

- per il danno (anche in azioni follow on rispetto alla decisione di incompatibilità), la peculiarità per gli aiuti di Stato è il doppio passaggio (aiuto=> condotta/situazione concorrenziale del beneficiario=> danno); per il resto, l'accertamento e la quantificazione del danno non sembrano porre problemi particolarmente nuovi – i giudici sono attrezzati
- per il primo passaggio (aiuto => condotta/situazione concorrenziale del beneficiario) può essere utile qualche riferimento nella decisione della Commissione. Ad es. la Commissione nella decisione di incompatibilità spiega come l'aiuto illegale è stato utilizzato dal beneficiario sul mercato (v. caso *Betws Anthracite*)
- le ipotesi in cui è realistico il risarcimento del danno da aiuto illegale restano abbastanza limitate (duopolio ecc.) => per le azioni risarcitorie in questa materia prevale la ratio di tutela dei diritti, la deterrenza rispetto alle violazioni degli obblighi di notifica resta in primis affidata alle azioni di recupero