



## Aiuti di Stato e risarcimento del danno<sup>\*</sup>

DI DANIELE GALLO<sup>1</sup>

Sommario: I. *Ratio* dell'azione risarcitoria e *private enforcement* del diritto UE in materia di aiuti. – II. Seconda parte, quindi: ricostruzione dei diversi scenari e profili critici. – A. Azione risarcitoria contro lo Stato per violazione del diritto UE. – B. Azione risarcitoria contro lo Stato da parte del beneficiario dell'aiuto costretto a restituirlo. – C. Azione risarcitoria contro lo Stato da parte di soggetti terzi. – D. Azione risarcitoria contro il beneficiario dell'aiuto. – III. Terza parte. Dedicata all'ultima tipologia di azione risarcitoria: l'azione risarcitoria contro l'Unione europea.

Il mio intervento ha per oggetto aiuti di Stato e risarcimento del danno.

È diviso in tre parti: 1) nella prima ragiono brevemente di *ratio* dell'azione risarcitoria e del suo rapporto con il *private enforcement* nel diritto della concorrenza; 2) la seconda è dedicata ai diversi scenari, alle diverse azioni per risarcimento contro lo Stato e contro il beneficiario dell'aiuto; 3) la terza parte è centrata su un tipo ulteriore di azione risarcitoria, per anni relegata ai margini e che oggi, in ragione delle note vicende bancarie, è tornata alla ribalta: azione risarcitoria contro l'Unione.

Che il tema sia attuale ce lo dicono due recenti sentenze delle corti europee: *Tercas* del Tribunale e la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* sull'annosa vicenda dell'aiuto illegale concesso a Tirrenia, sentenza della Corte di giustizia del gennaio 2019.

*Tercas* significa: possibile risarcimento nei confronti della Commissione.

---

<sup>\*</sup> Relazione presentata al Convegno AIDEN “Gli aiuti di Stato. Profili generali e problematiche energetiche”, Milano, 1° luglio 2019.

<sup>1</sup> Professore associato di diritto UE, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss; *Recurring Adjunct Professor*, American University Washington College of Law, DC; *Professeur invité*, Université Panthéon Assas, Parigi.

*Traghetti del Mediterraneo* significa: risarcimento nei confronti dello Stato italiano per l'aiuto illegale a Tirrenia.

\*

## **I. Ratio dell'azione risarcitoria e *private enforcement* del diritto UE in materia di aiuti**

Il risarcimento del danno in materia di aiuti di Stato è sintomo e strumento della diffusione del *private enforcement* nel diritto della concorrenza. Un *enforcement* che pone al centro l'individuo, l'impresa, il giudice nazionale e che si affianca al *public enforcement* riconducibile alla Commissione europea.

Si tratta di un'azione, quella risarcitoria, che mira a reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto leso, sulla base della logica *antitrust Courage*, e che si colloca al confine tra esigenze privatistiche ed esigenze pubblicistiche di effettività, effetto utile, rispetto del diritto UE. Peraltro, la dimensione pubblicistica è connaturata al settore degli aiuti molto più di quanto lo sia nel diritto *antitrust* dal momento che al cuore della disciplina europea in materia di aiuti c'è lo Stato – destinatario degli articoli 107 e 108 – piuttosto che le imprese.

La Corte di giustizia pone sempre più l'attenzione sulla rilevanza dell'azione risarcitoria nei casi nei quali l'articolo 108.3 TFUE (mancata notifica e mancato *standstill*) è violato. Ne è dimostrazione il caso che ho citato *Traghetti del Mediterraneo*, dove la Corte di giustizia ribadisce non solamente l'ammissibilità ma anche l'opportunità di una tale azione, un'azione che sia effettiva, ci dice la Corte.

Sarà interessante capire come la Cassazione, che aveva rinviato pregiudizialmente alla Corte di giustizia, recepirà il *core* della sentenza europea e come lo declinerà dal punto di vista dell'ordinamento interno.

Ebbene, nonostante il *favor* per l'azione risarcitoria, reiterato esplicitamente dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, in termini pratici, l'azione risarcitoria, oggi, non si è diffusa, in Europa, in Italia, come avrebbe in principio potuto e, direi, dovuto.

Le azioni a livello di ordinamenti nazionali sono rare e ancora più rari gli esiti positivi. Peraltro, nella letteratura, italiana e straniera, lo spazio dedicato all'azione risarcitoria è minimo.

La ragioni dell'insuccesso dell'azione risarcitoria nel settore degli aiuti sono molteplici. Ne parlerò nella seconda parte del mio intervento attraverso una ricostruzione delle differenti tipologie di risarcimento.

\*

## **II. Seconda parte, quindi: ricostruzione dei diversi scenari e profili critici**

### **A. Azione risarcitoria contro lo Stato per violazione del diritto UE**

È l'azione intentata dai concorrenti del beneficiario dell'aiuto illegale (siamo dunque dentro ipotesi di violazione dell'articolo 108.3 TFUE) contro lo Stato, la Regione, il Comune che ha erogato l'agevolazione, appunto, illegale.

Insomma, si tratta della logica *Francovich* applicata al tema degli aiuti: si tratta della responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto europeo.

Nella sentenza *CELF* della Corte di giustizia è scritto che è fondamentale il “ristoro”, fondamentale l’attuazione di provvedimenti “atti a rimediare concretamente agli effetti dell’illegalità dell’erogazione dell’aiuto”.

Un ristoro che ha natura differente dal recupero. L’azione risarcitoria, esperita dai concorrenti del beneficiario dell’aiuto, è diversa dall’azione che può essere esperita sulla base dell’efficacia diretta dell’articolo 108 TFUE.

L’efficacia diretta ha a che vedere con l’obbligo di recupero di un aiuto illegale, ha a che vedere con un’impresa concorrente che invoca l’articolo 108 per chiedere la disapplicazione del provvedimento amministrativo che eroga il finanziamento pubblico illegale, cioè la sospensione dell’aiuto (dimensione oppositiva dell’effetto diretto) e, nel contempo, l’applicazione del diritto UE laddove è imposto il recupero (dimensione sostitutiva dell’effetto diretto).

Si tratta di due azioni distinte e potenzialmente, ma non necessariamente, cumulabili.

L’azione risarcitoria può essere esperita:

- a) nel caso in cui il recupero sia stato integralmente recuperato (*Sfei*);
- b) nel caso in cui il recupero è impossibile (*Banks*);
- c) nel caso in cui il recupero integrale è poco probabile perché la Commissione approva *ex post* l’aiuto, compatibile ma illegale;
- d) nel caso in cui il recupero non è avvenuto per scelta dello Stato, non è avvenuto tempestivamente o è avvenuto in maniera non corretta con la conseguenza che il non recupero reitera un’alterazione della concorrenza con effetti pregiudizievoli per i concorrenti del beneficiario dell’aiuto;
- e) nel caso del mancato rispetto, da parte delle autorità nazionali, dell’ingiunzione provvisoria di recupero derivante da una decisione della Commissione nelle more della chiusura del procedimento formale o anche prima dell’apertura di tale procedimento.

Peraltro, è chiaro che i concorrenti, in verità, troverebbero maggiore soddisfazione nel ricevere direttamente un ristoro finanziario delle perdite subite piuttosto che nell’ottenere che l’aiuto sia recuperato. Da qui il grande potenziale, sotto il profilo della tutela giurisdizionale effettiva, del risarcimento nel settore degli aiuti.

Il potenziale, peraltro, è accentuato proprio dalla circostanza che la richiesta del risarcimento, essendo strutturalmente collegata con l’insanabile illegalità dell’aiuto, è ammessa anche qualora vi sia una successiva decisione della Commissione che dichiara l’aiuto, seppure illegale, compatibile con il mercato interno. Insomma, la decisione positiva di compatibilità ha solamente effetti *pro futuro*. Certamente, una decisione positiva è utile per rafforzare la linea difensiva ma non indispensabile.

Nonostante questo potenziale, nella pratica, l’azione risarcitoria, come ho anticipato, ha meno *chances* di successo rispetto all’azione volta a ottenere il rispetto dell’articolo 108, par. 3 e il recupero.

Perché?

La ragione mi pare sia nelle condizioni di esperimento dell’azione risarcitoria alla *Factortame*, peraltro mai chiarite nello specifico dalla Corte di giustizia nel settore degli aiuti:

norma UE preordinata a conferire un diritto; violazione sufficientemente caratterizzata; nesso di causalità tra violazione del diritto UE e danno lamentato.

La prima condizione non desta particolari problemi. L'articolo 108, par. 3 conferisce un diritto dal momento che è direttamente efficace (ce lo dice la Corte di giustizia: efficacia diretta *rule of reason*, di origine giurisprudenziale, nonostante il tenore della norma).

In linea di massima, neanche la seconda condizione mi pare particolarmente difficile da soddisfare: il carattere grave e manifesto è implicito nella trasgressione, da parte dello Stato, cioè nella concessione di un aiuto illegale (causa il mancato rispetto dell'articolo 108). Infatti, non c'è nessun potere discrezionale delle autorità nazionali nell'attuazione della norma.

La terza condizione sul nesso di causalità è quella più spinosa: le valutazioni sulla qualificazione di una misura non sono squisitamente giuridiche ma spesso sono associate a difficili ricostruzioni di tipo economico. Ulteriore problema è che il novero dei titolari dell'azione varia in relazione all'estensione del nesso di causalità. Basti pensare all'ipotesi dove i concorrenti sono numerosi e quindi l'incidenza specifica dell'aiuto illegale su uno di loro, quello che chiede il risarcimento, non è immediatamente ravvisabile. Al punto che già l'Avvocato generale Tesauro, nel caso *Belgio c. Commissione* del 1987, sottolineava che l'azione risarcitoria è particolarmente difficoltosa se il mercato non è oligopolistico.

Quanto all'individuazione e alla quantificazione dei danni, competente è il giudice interno, con alcuni punti fermi che possono evincersi, con non poca difficoltà in verità, dalla giurisprudenza delle corti europee:

a) la quantificazione delle somme dovute ai concorrenti del beneficiario dell'aiuto a titolo di risarcimento non è sovrapponibile alla quantificazione delle somme dirette al recupero dell'aiuto;

b) è rilevante il fatto che il concorrente danneggiato abbia o meno denunciato l'esistenza dell'aiuto illegale alla Commissione: qualora la denuncia non vi sia stata o sia intervenuta tardivamente, il giudice nazionale potrebbe decidere di ridurre l'importo dovuto a titolo di risarcimento danni;

c) nel danno rientra sia il danno emergente che il lucro cessante (più gli interessi che decorrono dalla data in cui si è verificato o ha cominciato a verificarsi il danno sino al pagamento effettivo).

Che il lucro cessante sia necessariamente ricompreso nel danno è decisivo dato che il ricorrente attore (sul quale grave l'onere della prova) fa valere, oltre ai danni patiti, il mancato guadagno determinato dall'alterazione della concorrenza (anche con riferimento alla perdita di quote di mercato). Insomma, il giudice nazionale, una volta accertato il nesso di causalità tra la violazione dell'articolo 108.3 e il danno subito dal concorrente, dovrà, sulla base di una valutazione economica complessa, determinare il *quantum* di tale danno. Il parametro è il guadagno che il concorrente danneggiato avrebbe potuto conseguire e non ha potuto in ragione della presenza sul mercato del beneficiario dell'aiuto.

Un simile accertamento richiede una dettagliata analisi del mercato di riferimento, compresa una valutazione prognostica del suo andamento in assenza dell'aiuto.

Le criticità maggiori, oggi, quindi, sono: la dimostrazione del nesso eziologico tra condotta e danno e la sua quantificazione. Potrebbe forse pensarsi a un'inversione dell'onere

della prova, come avviene nel settore dei cartelli, quando l'aiuto illegale è dichiarato incompatibile.

Inoltre, nel caso di valutazioni economiche complesse, i giudici nazionali dovrebbero utilizzare in misura ancora più massiccia l'ausilio della Commissione quale *amicus curiae*, come previsto dal diritto derivato.

Infine, in pendenza del procedimento di analisi della compatibilità dell'aiuto, il giudice nazionale adito in sede risarcitoria dovrebbe poter sospendere il procedimento, come previsto nell'ambito del diritto *antitrust* dal regolamento 1/2003.

### ***B. Azione risarcitoria contro lo Stato da parte del beneficiario dell'aiuto costretto a restituirlo***

In questo tipo di azione risarcitoria, il danno non corrisponde all'ammontare dell'aiuto illegale che deve essere restituito.

Sarebbe, altrimenti, una via per aggirare e in definitiva mettere radicalmente in discussione l'obbligo di recupero di un aiuto illegale.

È un'azione possibile sotto il profilo giuridico? Sì ma certamente difficoltosa nella pratica: mi sembra esista un ostacolo serio nel fatto che la giurisprudenza UE è decisamente restrittiva quanto al riconoscere un affidamento in capo al beneficiario dell'aiuto (una conferma viene da Cassazione, Prima sezione, sentenza n. 4860 del febbraio 2019). Nella normale diligenza dell'imprenditore c'è la valutazione della legalità dell'agevolazione (*CELF*). Può esserci solo in caso di decisione positiva della Commissione sulla compatibilità, in pratica (*Atzeni*). L'alternativa è la dimostrazione dell'esistenza di circostanze eccezionali.

### ***C. Azione risarcitoria contro lo Stato da parte di soggetti terzi***

Chi agisce in giudizio, in questa ipotesi, non è né il concorrente né il beneficiario, bensì il soggetto terzo, anch'egli quindi titolare di diritti derivanti dall'articolo 108 TFUE. Un soggetto che non lamenta l'alterazione della concorrenza causa illegalità dell'aiuto. Un soggetto creditore del beneficiario il quale lamenta che la restituzione dell'aiuto illegale ha determinato il fallimento dell'impresa. La responsabilità è dunque delle autorità statali che hanno causato l'insolvenza.

Il problema, qui, è il rispetto della terza condizione sull'esistenza di un nesso tra aiuto e danno, come sottolineato dall'Avvocato generale Lenz nel caso *Commissione c. Belgio* del 1984.

Soggetto terzo potrebbe anche essere il creditore, non già del beneficiario, bensì dell'impresa concorrente che abbia dovuto cessare la propria attività in ragione dell'indebito vantaggio concesso al beneficiario dell'aiuto.

Ciò detto, azioni vittoriose di questo tipo non mi risultano.

### ***D. Azione risarcitoria contro il beneficiario dell'aiuto***

Ipotesi questa diversa dalle altre tre di cui ho trattato perché la responsabilità è quella del singolo beneficiario dell'aiuto illegale.

Il tema è: ci sono obblighi imposti dal diritto UE al beneficiario la cui violazione giustifica un'azione risarcitoria nei suoi confronti?

Il punto di partenza è che la Corte di giustizia ha escluso che l'eventuale responsabilità civile del beneficiario possa fondarsi sul diritto UE, essendo le norme sugli aiuti indirizzate agli Stati e quindi non integrando l'accettazione di un aiuto illegale un'ipotesi di violazione del diritto UE (*Sfei*). Insomma, l'articolo 108, par. 3 TFUE, secondo la Corte, non avrebbe efficacia diretta orizzontale: non crea obblighi per l'individuo beneficiario dell'aiuto.

A mio avviso, potrebbe dirsi che il divieto di effetto diretto orizzontale non varrebbe quando il beneficiario è impresa pubblica, impresa partecipata dallo Stato. Qui, potrebbe dirsi che la pretesa risarcitoria è fatta valere dal concorrente nei confronti dello Stato, in linea con l'interpretazione espansiva, flessibile ed evolutiva di quel che è Stato seguita dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza consolidata in materia di direttive (*Marshall, Foster*). Basti pensare al caso che riguarda Saremar, compagnia di cui socio unico era la Regione Sardegna, convenuta in giudizio da Grandi Navi Veloci e Moby in ragione dei prezzi predatori causati dal sussidio di cui godeva. I due tribunali coinvolti, Genova e Milano, respingono le pretese risarcitorie (peraltro, nonostante una decisione di incompatibilità della Commissione). Forse, un approccio differente, ispirato a una concezione inclusiva di Stato, avrebbe potuto portare a sentenze di segno diverso.

Inoltre, quando il risultato dell'aiuto è lo strumento per violare norme *antitrust*, ad esempio la possibilità di praticare prezzi predatori, il confine tra il settore *antitrust* e quello degli aiuti diviene alquanto labile, con la conseguente possibilità di aggirare tale difficoltà inquadrando la fattispecie all'interno dell'art. 102 TFUE.

In ogni caso, ad oggi, la Corte di giustizia, pur escludendo che la fonte della responsabilità del beneficiario sia il diritto UE (influenzata in questo senso da Jacobs in *Sfei*), ha ammesso che gli ordinamenti nazionali possano prevedere la responsabilità civile e, in questo senso, non accoglie l'impostazione di Jacobs.

In Italia, la responsabilità è ricondotta alla concorrenza sleale, nel quadro della clausola generale di correttezza professionale di cui all'articolo 2598, comma 3, c. c. La colpa, perlomeno, deve essere dimostrata. Aspetto questo problematico perché mi pare che dalla giurisprudenza nazionale l'atteggiamento prevalente (cfr. ancora *Traghetti del Mediterraneo*) sia nel senso di non identificare nel godimento dell'aiuto, nonostante la conoscenza della sua illegalità o la mancata diligenza circa la sua natura illegale, un atteggiamento anticoncorrenziale. Sembra, insomma, che il successo della pretesa risarcitoria venga associato, dalle giurisdizioni italiane, alla natura del comportamento successivo sul mercato del beneficiario. Il comportamento anticoncorrenziale, l'elemento soggettivo di cui all'articolo 2600 c.c. cioè, non è valutato sulla base dell'accettazione dell'aiuto ma sulla base del comportamento successivo, da cui evincere la volontà o consapevolezza del soggetto di escludere i concorrenti dal mercato.

Anche in questo caso – come detto con riferimento all'azione risarcitoria contro lo Stato da parte del concorrente – una soluzione tesa a valorizzare l'azione potrebbe essere l'inversione dell'onere della prova.

\*

### III. Terza parte. Dedicata all'ultima tipologia di azione risarcitoria: l'azione risarcitoria contro l'Unione europea

In testa ho *Tercas*, evidentemente. Non solamente *Tercas* ma certamente soprattutto *Tercas* (e le ripercussioni per altre banche, oltre alla Banca popolare di Bari, tra cui Carige e la tedesca NordLB).

Il tenore delle dichiarazioni sulla vicenda (Presidente dell'*European Economic Committee* del PE Gualtieri, Presidente e DG dell'ABI, Moavero Milanese) dimostra le attese, enormi, di banche, politica, società civile, istituzioni, Governo, circa una possibile azione risarcitoria nei confronti della Commissione per la decisione del 2015.

Si parla, addirittura, di 20 miliardi di danni, in termini tecnici, inferti alla filiera finanziaria del nostro Paese, comprese le perdite per i risparmiatori investitori nelle banche direttamente ma anche indirettamente coinvolte: quindi la Banca Popolare di Bari, ma anche le note quattro *bad banks*: Banca Etruria, Banca Marche, Cariferrara e Carichieti.

Rinvio sul tema dell'impatto della decisione del 2015 sul sistema bancario allo studio del maggio 2019 della Banca d'Italia nella serie *Quaderni di Ricerca Giuridica*.

In testa ho più dubbi che risposte.

Se la giurisprudenza e la letteratura in merito ad aiuti e risarcimento del danno quando il convenuto è lo Stato oppure il beneficiario sono minime, lo sono ancora di più con riferimento all'azione risarcitoria nei confronti delle istituzioni UE, in particolare nei confronti della Commissione per aver adottato una decisione, che è stata annullata e ritenuta illegittima dal Tribunale.

Quali i punti che possiamo desumere da giurisprudenza e prassi della Commissione, anche in questo ambito, con una certa difficoltà?

1) Azione risarcitoria, governata dagli articoli 268 e 340 TFUE, è diversa dall'azione per annullamento e dall'azione in carenza, azioni che Stato e persone fisiche e giuridiche possono intentare di fronte alle corti europee contro la Commissione.

L'azione è autonoma rispetto ad annullamento e carenza. Queste azioni, spesso, precedono l'azione risarcitoria (come in *Tercas*, quanto all'annullamento), ma non ne sono sempre il presupposto.

Le condizioni, quanto alla legittimazione attiva e ai termini stringenti, previste per annullamento e carenza, non si applicano all'azione risarcitoria.

2) Quali le ipotesi di azione risarcitoria?

a) Azione se la decisione della Commissione qualifica una misura come aiuto ma poi le corti europee affermano che non lo è, come in *Tercas*;

b) Azione se la decisione della Commissione qualifica una misura come aiuto non compatibile ma poi le corti europee affermano che lo è;

c) Azione se la decisione della Commissione sull'autorizzazione dell'aiuto è tardiva;

d) Azione se la Commissione ha mancato di adottare una decisione sull'aiuto.

3) I casi di applicazione dell'articolo 340.2 TFUE in materia di aiuti sono rarissimi.

Mi pare non ci sia nessun caso instaurato sulla base di un'azione intentata da uno Stato membro.

Ce ne sono e sono appunto molto rari nel quadro di azioni provenienti da soggetti privati.

4) Ecco, quali i sono legittimati attivi? Chi può intentare l'azione?

Tutti i soggetti che hanno subito danni, anche gli Stati.

Nell'ambito degli aiuti di Stato sono i concorrenti del beneficiario dell'aiuto laddove la misura, non ritenuta aiuto dalla Commissione oppure ritenuta erroneamente compatibile, invece lo sia, oppure il beneficiario dell'aiuto che è stato recuperato.

Non possono intentare l'azione le associazioni di interessi diffusi perché è richiesta la titolarità diretta in capo al ricorrente (come per annullamento e carenza, sotto questo profilo). Dunque, quanto a *Tercas*, no *Codacons*, nonostante quel che si legga sui giornali.

5) I presupposti di questo regime di responsabilità sono il frutto dei principi comuni degli Stati membri e rispecchiano quelli dell'azione risarcitoria per violazione del diritto UE da parte dello Stato.

a) Danno: danno emergente e lucro cessante e a volte danno morale e anche interessi (dal momento della sentenza del Tribunale che dispone il risarcimento).

Il danno deve essere subito dal ricorrente e non deve essere semplicemente trasferito sui consumatori.

b) Illegittimità del comportamento delle istituzioni. Non necessario dimostrare la colpa o la negligenza.

c) Nesso di causalità tra danno e comportamento. Come nel caso della responsabilità dello Stato, la dimostrazione dell'esistenza del nesso è certamente operazione complessa e spinosa.

Se, però, l'atto adottato da un'istituzione UE è frutto di ampia discrezionalità, a questi tre presupposti se ne affiancano altri due che rendono l'azione molto più difficoltosa: la norma violata dall'istituzione deve essere preordinata a conferire un diritto, condizione questa non particolarmente critica; la violazione deve essere grave e manifesta (sufficientemente caratterizzata).

Questa seconda condizione è più problematica: esiste un rapporto di inversa proporzionalità tra gravità e discrezionalità in capo all'istituzione UE, alla Commissione in particolare. Ad oggi, questa ampia discrezionalità non riguarda solamente il caso degli atti legislativi ma anche gli atti individuali, come con riferimento a una decisione sulla qualificazione di una misura come aiuto.

Quanto a *Tercas*, non c'è dubbio che la Commissione ha un ampio potere discrezionale nell'adottare una decisione come quella del 2015. Ecco, però, si potrebbe dire che un conto è la discrezionalità quanto alla valutazione sulla compatibilità di un aiuto, un altro quanto alla nozione di aiuto (grado di discrezionalità inferiore).

La *ratio* di questo cumulo di presupposti, qualora la discrezionalità sia ampia, è evitare che la Commissione si astenga dal decidere per il timore di incorrere in un'azione per danni. La Corte di giustizia, in *Bayerische*, peraltro ha chiarito che è invece accettabile per l'impresa il rischio di subire danni economici (non risarcibili) da un atto dell'istituzione, seppure ritenuto successivamente illegittimo.

6) Pare che dalla giurisprudenza UE emerge il dato che finora il risarcimento è stato concesso, nei casi di decisioni illegittime della Commissione in materia di aiuti, solamente quando la violazione grave insiste su una questione di carattere procedurale, sul rispetto dei

diritti di difesa dell'impresa. Con conseguenze rilevanti sull'ammontare, molto basso, del danno risarcito.

Nel caso *Idromacchine* – che mi pare essere l'unico caso dove il risarcimento è stato concesso – il danno risarcito è stato di 20.000 euro e questo per la violazione, da parte della Commissione, del segreto professionale *ex* articolo 339 TFUE nel corso di una procedura sulla concessione di un aiuto. Risarcito il solo danno morale, reputazione, quindi, non quello materiale.

Chiaramente, il caso *Tercas* è diverso: seppure l'errore della Commissione non verta solamente sull'insufficiente motivazione ma ha natura, a mio avviso, sostanziale, l'azione risarcitoria ha ben altra portata e mira a ottenere ben altri danni.

7) L'azione risarcitoria non è sottoposta ai due mesi di cui alle azioni per annullamento a carenza.

Sono cinque anni dall'evento che ha determinato la responsabilità. Mi pare che questo significa non dalla decisione del 2015, bensì dalla produzione concreta del danno (come in *Cremonini* o *Hartman*).

Chiaramente, se fossi l'avvocato del Fondo interbancario o della Banca popolare di Bari, aspetterei la sentenza di appello della Corte di giustizia. Se dovesse rischiare di arrivare troppo tardi, intenterei l'azione risarcitoria dinanzi al Tribunale, il quale dovrà sospendere il procedimento in attesa della sentenza della Corte di giustizia.

Ora, quanto a *Tercas*, riconducendo a sintesi, chi è il legittimato attivo, almeno in principio? Almeno in principio significa che bisogna capire se i presupposti sul danno quantificabile (svalutazione crediti deteriorati per i risparmiatori, ricapitalizzazione, ecc.), sulla violazione grave e manifesta della norma UE preordinata a conferire un diritto (tema della discrezionalità centrale), sul nesso di causalità, sono rispettati.

- a) Banca popolare di Bari;
- b) Fondo;
- c) risparmiatori e correntisti della Banca popolare di Bari;
- d) le 4 *bad banks*;
- e) i risparmiatori delle 4 *bad banks*;
- f) tutte le altre banche che avrebbero potuto beneficiare dell'intervento del Fondo;
- g) tutti i risparmiatori e correntisti di tutte le altre banche che avrebbero potuto beneficiare dell'intervento del Fondo.

La lista è nutrita. Tuttavia, lo stesso Tribunale, nella sua sentenza, al punto 55, sottolinea che la decisione della Commissione non ha ostacolato solamente il sostegno nei confronti di *Tercas*, ma ha anche escluso la possibilità di effettuare ulteriori interventi nel futuro per altri istituti di credito, determinando peraltro la risoluzione delle quattro *bad banks* già menzionate e la ricapitalizzazione di altre banche, con oneri evidenti per azionisti e obbligazionisti. La tesi della Commissaria europea per la concorrenza Vestager, secondo cui la risoluzione non sarebbe dipesa dalla decisione del 2015, è francamente curiosa.

Il problema principale potrebbe essere quello di dimostrare il nesso di causalità.

Prendiamo l'esame delle *bad banks*: dovrebbero dimostrare, ad esempio, che, a fronte della loro richiesta di sostegno da parte del Fondo, il Fondo abbia motivato il diniego in ragione della decisione del 2015.

Altro problema è se l'ABI possa intentare l'azione. Come ho detto, associazioni di interessi diffusi non possono, in base alla giurisprudenza UE. Non può il Codacons, ma direi che non è *a priori* escluso che l'ABI possa.

Altro problema molto serio è se lo Stato italiano sia legittimato attivo.

Chiaramente, il fatto che lo fosse nell'azione per annullamento di una decisione di recupero, rivolta proprio allo Stato, non significa di per sé che lo Stato sia anche legittimato attivo nell'azione risarcitoria contro la Commissione.

Il punto è: dov'è il danno? Dov'è il nesso di causalità? L'innalzamento dello *spread* causato dal mancato salvataggio tramite il Fondo delle banche? Il danno sta nel pagamento degli interessi maggiorati sul debito?

Ho dubbi. Mi chiedo se non si possa sostenere che il salvataggio pubblico di MPS del 2016 per 5 miliardi di euro sia stato il risultato (anche, perlomeno) dell'impossibilità per lo Stato di scendere in campo insieme al Fondo, oltre che insieme ad altri soggetti privati come è avvenuto, così da risparmiare diverse decine di milioni di euro perlomeno. Tema questo che ignoro e che mi limito a menzionare.

Ad oggi, sarei portato a dire che un'azione dello Stato, non dei soggetti che ho prima ricordato, rischia di risultare decisamente aleatoria.

Oltretutto, in termini avvocateschi, dire che lo Stato è stato danneggiato perché non si è potuto replicare il tipo di salvataggio effettuato per Tercas rischia di contraddire la posizione fatta valere dinanzi al Tribunale, e da questo accolta, per cui il salvataggio ha avuto una dimensione privatistica.

\*

Chiudo rilevando un dato: mi sembra che l'amplissima autonomia procedurale lasciata agli Stati nell'ambito di aiuti e risarcimento, quale risultato dell'assenza di una disciplina europea che uniformi gli *standard* di tutela in tema di risarcimento e aiuti, a differenza di quanto avviene (perlomeno in parte) nel diritto *antitrust* grazie alla direttiva 104/2014, relativizzi, comprima e indebolisca considerevolmente il potenziale insito nello strumento risarcitorio.

In particolare, ho dubbi che l'impostazione minimalista della Corte di giustizia nella sua giurisprudenza sia conforme a *ratio* e portata di un principio costituzionale del diritto UE qual è il principio della tutela giurisdizionale effettiva.