

Le «*parti interessate*» nel procedimento in materia di aiuti di Stato: tra moduli partecipativi e diritto ad una buona amministrazione

di Marina Roma

Title: Interested parties in the State aid procedure: participation schemes and right to good administration

Keywords: State Aid; Interested Parties; Right to Submit Comments; Right to Good Administration.

1. – Con la sentenza dell'11 marzo scorso, la Quinta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea torna ad occuparsi dei diritti partecipativi delle cosiddette «*parti interessate*» nel procedimento di indagine formale in materia di aiuti di Stato.

Il tema, largamente approfondito dagli studiosi di diritto della concorrenza (L. Hancher – F. M. Salerno – M. Shütte, *The different stages in the State Aid Procedure*, in H. Hofmann – C. Micheau (cur.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford, 2016, 355 ss.; D. Grespan – A. Pelin – L. Rossi, *Procedures before the Commission*, in L. Flynn (cur.), *EU Competition Law, Volume 4, State Aid*, Deventer, 2016, 1458 ss.; M. Niejahr and T. Scharf, *Third Parties in State Aid Control: More than Just a Source of Information?*, in *EC State Aid Law - Le droit de l'Union Européenne dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, The Hague, 2008, 354 ss.; M. Honoré, *The standing of third parties in State aid cases*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2006, 2006, 269 ss.; B. Jankovec – V. Kronenberger, *Third parties in State aid and litigation: locus stand and procedural guarantees*, in M. Sánchez Rydelski (cur.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London, 2006, pp. 705 e ss.), viene ripreso nella pronuncia in commento, ponendo in relazione – pur in una sostanziale linea di continuità con precedenti arresti giurisprudenziali – ruolo dei soggetti interessati e natura del procedimento delineato dall'art. 108 TFUE, da una parte, e – da una prospettiva più ampia – diritto ad una buona amministrazione.

2. – La vicenda oggetto della decisione in esame ha origine nel luglio del 2007 quando il Comune di Gdynia e il Comune di Kosakowo – entrambi in Polonia – hanno istituito la società Port Lotniczy Gdynia Kosakowo sp. z o.o. (la “PLGK”) allo scopo di riconvertire, a fini civili, l'aeroporto militare di Gdynia-Oksywie, disponendo apporti di capitale mirati a coprire sia i costi di investimento che quelli relativi alla prima fase di attività dell'aeroporto.

Solo il 7 settembre 2012, tuttavia, la Repubblica di Polonia ha provveduto a

notificare la misura di finanziamento alla Commissione.

Dopo un'istruttoria preliminare, il 2 luglio 2013, la Commissione ha dato avvio alla fase di indagine formale sulla misura di aiuto e contestualmente invitato le parti interessate a presentare le loro osservazioni, senza ricevere alcun riscontro.

Il lettore perdonerà, a questo punto, la minuziosità con cui si ripercorreranno le ulteriori tappe del procedimento avviato, ma tale ricostruzione risulta funzionale al chiaro inquadramento della fattispecie all'esame della Corte, che vede il concatenarsi di due successive decisioni: la prima dell'11 febbraio 2014 e la seconda del 26 febbraio 2015.

Con la prima decisione, la Commissione ha attestato che il finanziamento previsto costituiva un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE – avendo garantito alla società PLGK un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in normali condizioni di mercato – e ordinato alle autorità polacche di recuperare le somme versate.

Rispettivamente l'8 e il 9 aprile 2014, il Comune di Gdynia, insieme alla società PLGK, e il Comune di Kosakowo hanno adito allora il Tribunale dell'Unione europea per ottenere l'annullamento di questa prima decisione (cause T-215/14 R e T-217/14 R).

Nel contesto di tali giudizi, tuttavia, la Commissione ha rilevato che il finanziamento dichiarato incompatibile con il mercato interno comprendeva anche alcuni investimenti necessari per svolgere attività di servizio pubblico, afferenti in particolare gli edifici e le attrezzature per il personale antincendio, i funzionari doganali, gli addetti alla sicurezza dell'aeroporto, i funzionari di polizia e le guardie di frontiera. Sicché, senza procedere ad una seconda consultazione degli interessati, il successivo 26 febbraio 2015, (come accennato) la Commissione ha proceduto all'adozione di una seconda decisione, con cui ha sostituito la precedente, distinguendo tra apporti di capitale effettuati tra il 28 agosto 2007 e il 17 giugno 2013 – che avrebbero costituito un aiuto di Stato, incompatibile con il mercato interno, ad eccezione della parte destinata a investimenti necessari per svolgere attività rientranti nell'ambito di attività di servizio pubblico – e apporti di capitale successivi al 17 giugno 2013, che avrebbero costituito integralmente un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno.

Su ricorso presentato sempre dal Comune di Gdynia, dal Comune di Kosakowo e dalla società PLGK, con la sentenza 17 novembre 2017 (causa T-263/15), oggetto del giudizio di cui alla pronuncia in commento, la Settima Sezione del Tribunale dell'Unione europea ha disposto l'annullamento della seconda decisione, rilevando che la Commissione non si sarebbe basata – come nella decisione di avvio e nella prima decisione – sugli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale per il periodo 2007-2013, bensì sui principi enunciati nella comunicazione della Commissione intitolata «*Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree*» del 2014, senza offrire ai due Comuni interessati e alla società beneficiaria la possibilità di pronunciarsi su questi ultimi orientamenti.

Al riguardo, il Tribunale ha altresì sottolineato come – nel cambiamento tra gli orientamenti – la Commissione avesse operato anche un mutamento della deroga di cui all'articolo 107, paragrafo 3, TFUE, attraverso cui valutare la compatibilità della misura proposta con il mercato interno. Se nella decisione di avvio e nella decisione 2014/883, applicando gli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale per il periodo 2007-2013, la Commissione si era collocata, infatti, nell'ambito della deroga prevista dalla lettera a), nella decisione controversa, applicando gli orientamenti del 2014, la compatibilità dell'aiuto al funzionamento era stata, invece, valutata con

riferimento alla successiva lettera c).¹

A fronte dei sopracitati cambiamenti nell'*iter* logico alla base dell'argomentazione della Commissione, il mancato coinvolgimento delle parti interessate avrebbe costituito – secondo il Tribunale – violazione di formalità sostanziali, comportante – ai sensi dell'articolo 263 TFUE – l'annullamento della decisione finale, senza necessità di dimostrare che il procedimento amministrativo avrebbe potuto portare ad un risultato diverso.

3. – Prima di soffermarsi sulla decisione della Corte, occorre brevemente richiamare i tratti principali della disciplina dei diritti partecipativi dei soggetti interessati nel procedimento di cui all'art. 108 TFUE, attualmente inclusa nel regolamento UE/2015/1589 ("Regolamento 1589/2015"), recante le modalità di applicazione delle disposizioni del TFUE in materia di aiuti di Stato, che ha sostituito il precedente regolamento CE/659/1999 ("Regolamento 659/1999").

La decisione in commento ha ad oggetto quest'ultima disciplina, nella versione applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa, che tuttavia – per le disposizioni in questa sede di interesse – è di tenore sostanzialmente eguale a quella attuale.

Quanto agli oneri informativi a carico della Commissione all'apertura del procedimento di indagine formale, infatti, l'allora vigente art. 6, paragrafo 1 del Regolamento 659/1999 – al pari della corrispondente disposizione dell'attuale Regolamento 1589/2015 – prevedeva che la decisione di avvio contenesse una sintetica esposizione dei punti di fatto e di diritto, annessa ad una valutazione sul carattere di aiuto della misura prevista e sulla sua compatibilità con il mercato comune, con l'invito indirizzato allo Stato membro coinvolto e a «*tutti gli altri interessati*» a formulare osservazioni entro un termine stabilito, dovendosi intendere quali «*interessati*» «*qualsiasi Stato membro*» – con ogni evidenza diverso da quello coinvolto – «*e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi [potessero] essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali*» (cfr. art. 1, lett. h).

Allo stesso modo, il successivo art. 9 stabiliva che – prima di revocare una decisione e adottarne una nuova – la Commissione avrebbe dovuto avviare un nuovo procedimento di indagine formale, invitando nuovamente lo Stato membro interessato a formulare osservazioni, se la decisione revocata si basava su informazioni inesatte fornite nel corso del procedimento e determinanti ai fini della decisione.

4. – Fatta tale cornice introduttiva e acclarato che la decisione di avvio deve contenere un preliminare giudizio di incompatibilità della misura nonché la base giuridica su cui tale giudizio si fonda, è lecito chiedersi se – ed è proprio questo il nodo che la Corte è chiamata a sciogliere nel caso in esame – qualora in pendenza dell'indagine formale, intervenga una nuova disciplina in materia, la Commissione sia tenuta ad invitare nuovamente le parti ad esprimersi al riguardo e – ammesso che tale obbligo sussista – quali siano le conseguenze di un'eventuale violazione.

Se, nel giudizio di primo grado, il Tribunale aveva ritenuto che la mancata consultazione delle parti interessate circa i nuovi «*Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree*» del 2014 costituisse vizio sostanziale, automaticamente

¹ A soli fini di chiarezza si riportano le previsioni qui di interesse dell'art. 107, paragrafo 3, TFUE, per cui: «*Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; (...) c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse*».

idoneo a determinare l'invalidità del provvedimento finale, la Commissione contesta tale interpretazione ritenendo invece necessario – per poter configurare un'ipotesi di annullabilità – dimostrare *in concreto* l'incidenza della nuova disciplina sull'*iter* argomentativo che ha portato all'adozione della decisione finale.

A sostegno del proprio argomento, la Commissione si appella a un precedente caso (Corte giust., sent. 8-5-2008, *Commissione/Ferrerie Nord S.p.A.*, causa C-49/05 P, in *Racc.*, 2008, p.to 83), per cui – laddove la nuova disciplina *non* contenga principi e criteri di valutazione che possano modificare la valutazione iniziale circa l'aiuto notificato – non sarebbe necessaria una nuova consultazione, «*non essendo questa atta a cambiare il senso della decisione impugnata*».

La Corte affronta la censura in due segmenti.

Dapprima – pur ammettendo che la Commissione non potrebbe, senza violare i diritti procedurali delle parti interessate, fondare la propria decisione su un nuovo regime giuridico, senza l'invio di un ulteriore invito a presentare le proprie osservazioni – la Corte stabilisce che tale vizio può comportare l'annullamento totale o parziale della decisione soltanto qualora l'apporto dei soggetti interessati possa incidere sul contenuto del provvedimento finale.

Sicché – prosegue la Corte – la mera esistenza di differenze *in astratto* tra il regime giuridico oggetto della decisione di avvio e quello su cui è fondata la decisione finale non può comportare di per sé l'automatico annullamento di quest'ultimo provvedimento, occorrendo a tal fine verificare *in concreto* se detto cambiamento poteva modificarne il senso. Sebbene, in linea di principio, le modifiche sostanziali di una base giuridica sulla quale si fonda una decisione della Commissione possano influire su tale decisione – sostengono i Giudici del Lussemburgo – ciò non avviene se quest'ultima è fondata, inoltre, su una base giuridica autonoma, che non ha subito modifiche, e sulla quale, da solo, si fonda detta decisione.

Così, nella seconda parte della pronuncia, la Corte ripercorre l'argomentazione alla base della decisione della Commissione, per cui l'aiuto concesso alla società PLGK, a prescindere dalle previsioni degli orientamenti in materia, non avrebbe potuto essere considerato compatibile con le norme del Trattato, avendo come unico scopo finanziare un progetto la cui esistenza sarebbe possibile solo grazie a tale aiuto.

La Corte conclude dunque che – anche laddove le parti interessate fossero state messe in condizione di presentare osservazioni sugli orientamenti del 2014 – la Commissione sarebbe, in ogni caso pervenuta alla dichiarazione di incompatibilità con il mercato interno, risultando tale dichiarazione fondata su una base giuridica autonoma, per cui la mancata consultazione in questo caso non costituirebbe vizio idoneo a determinare l'annullamento della decisione finale.

5. – In disparte la valutazione circa la compatibilità dell'aiuto, vale la pena soffermarsi sul modello procedimentale delineato dalla pronuncia *de qua*.

In linea con precedenti arresti giurisprudenziali, il diritto degli interessati a presentare osservazioni, lungi dal potersi paragonare al diritto al contraddittorio spettante allo Stato membro coinvolto nel procedimento, viene relegato ad una mera prerogativa procedimentale (Trib. UE, sent. 26-6-1998, *British Airways e a. e British Midland Airways/Commissione*, cause 2950e unite T-371/94 e T-394/94, in *Racc.*, II-2405 ss., p.to 60).

Una simile lettura viene, come spesso avvenuto nella giurisprudenza della Corte (sentenza della Corte 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione*, in *Racc.*, I-7869 ss., punto 81), ricollegata alla natura stessa del procedimento di controllo degli aiuti di Stato, che è formalmente avviato *solo* nei confronti dello Stato membro, responsabile – luce dei suoi obblighi in forza dei Trattati – della concessione dell'aiuto incompatibile con il mercato comune.

Il ruolo dei soggetti interessati si confina, invece, a quello di mere «fonti

d'informazione», il cui apporto è destinato unicamente al completamento dei dati alla base dell'istruttoria avviata dalla Commissione nei limiti di quanto esposto nella decisione di avvio (Corte giust., sent. 12-7-1973, *Commissione/Germania*, causa C-70/72, in *Racc.*, 814 ss., p.to 19, Trib. UE, sent. 10-4-2003, *Scott/Commissione*, causa T-366/00, in *Racc.*, II-802 ss., p.to 59; Trib. UE, sent. 2-4-1998, *Commissione/Sytraval e Brink's France*, causa C-367/95 P, in *Racc.*, I-1752 ss. P.ti 58 e 59).

La Corte non si sofferma diffusamente sulle argomentazioni delle resistenti per cui – anche alla luce del diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – l'importanza del diritto delle parti interessate a presentare osservazioni non potrebbe essere minimizzata fino a considerare tale prerogativa una mera formalità procedurale.

Respingendo in modo piuttosto *tranchant* il rilievo, la Corte pare riprendere – pur non citandole espressamente – alcune precedenti pronunce, in cui si affermava come i principi generali del diritto dell'Unione, fra cui il diritto ad una buona amministrazione non potessero consentire al giudice comunitario di estendere la portata delle prerogative procedurali attribuite agli interessati nell'ambito dei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, dal Trattato e dal diritto derivato, come invece avviene le procedure di controllo delle concentrazioni o gli ulteriori procedimenti avviati nei confronti di imprese, che – quali parti in senso formale – beneficiano a tal titolo di diritti procedurali specifici (Trib. UE., sent. 8-7-2004, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Commissione*, causa T-198/2001, in *Racc.*, II-2722 ss. P.to 194).

6. – Ma proprio con riferimento a quest'ultimo profilo, relativo al diritto ad una buona amministrazione la decisione in commento impone un'ulteriore riflessione (sul diritto ad una buona amministrazione la letteratura è ampia, si rinvia qui – senza alcuna pretesa di completezza – a D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2019, pp. 165 ss.; L.R. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2010, pp. 789 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. Chiti - G. Greco (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 49 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, 819 ss.; A. Zito, *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei Diritti Fondamentali*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, 435 ss.).

Ai sensi del art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tale diritto spetta, infatti, ad «ogni persona» – fisica o giuridica, non importa – con riferimento alle «questioni che la riguardano», esattamente come le «parti interessate» nel procedimento in materia di aiuti di stato. Seppur potrebbe obiettarsi – in linea con la giurisprudenza sopracitata – che tale diritto compete unicamente allo Stato membro, quale parte in senso tecnico, appare difficile sostenere che – a prescindere dal destinatario *formale* della decisione finale – quantomeno il beneficiario non ne sia toccato in materia diretta, poiché rischierebbe di subire il recupero delle somme precedentemente erogate a titolo di aiuto illegittimo.

Ma se «il rispetto del diritto alla difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto [dell'Unione]» e tale diritto «dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi» (Corte giust., sentenza 29-6-1994, *Fiskano/Commissione*, causa C-135/92, in *Racc.*, I – 2899 ss., p.to 39 e la giurisprudenza ivi citata) – anche a fronte della pronuncia qui in commento – appare lecito dubitare che il procedimento delineato dapprima dal Regolamento 659/1999 e poi Regolamento

1589/2015 sia pienamente rispettoso di tale principio.

Il riferimento in particolare è al comma 2 dell'art. 41, che – nell'elencare gli elementi di quel diritto ad un trattamento equo ed imparziale in un procedimento che si concluda entro un termine ragionevole statuito dal primo comma – sancisce «*il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*», per cui la Corte di giustizia ha precisato che occorre che il destinatario del provvedimento sia « (...) messo in condizione di far conoscere utilmente il proprio punto di vista sugli elementi presi in considerazione» (Corte giust., sentenza 29-6-1994, *Fiskano/Commissione*, causa C-135/92, in *Racc.*, I – 2899 ss., p.to 41).

Nell'ambito di un procedimento istruttorio (come quello che ci occupa), in cui è previsto unicamente l'invio di una *tranche* di osservazioni sulla base di un'informativa formulata ancor prima dell'inizio dell'indagine formale, la possibilità per le parti interessate di far valere le proprie ragioni innanzi alla Commissione dipende in larga parte dallo Stato membro, il quale non è detto che abbia un forte incentivo o comunque interesse a difendere la legittimità della misura adottata.

Al riguardo non può, tuttavia, sottovalutarsi l'apporto della giurisprudenza della Corte, che – proprio al fine di non svuotare totalmente di significato anche le minime prerogative partecipative degli interessati – ha in precedenza chiarito che nella decisione di avvio la Commissione è tenuta quantomeno a definire in maniera sufficientemente chiara il quadro del suo esame, illustrando l'*iter* logico e con esso la base giuridica che hanno portato provvisoriamente a ritenere la misura controversa un nuovo aiuto incompatibile con il mercato comune (Trib. UE, sentenza 31-5-2006, *Paesi Bassi/Commissione*, causa T-354/99, in *Racc.*, I-7669 ss., p.to 83; Trib. UE, sent. 30-4-2002, *Governo di Gibilterra/Commissione*, cause riunite T-195/01 e T-207/01, in *Racc.*, II – 2313 ss., p.to 138; Trib. UE, sent. 4-9-2009, *Repubblica Italiana/Commissione*, causa T-211/05, in *Racc.*, II-02777 ss., p.to 54; Trib. UE, sent. 12-5-2011, *Région Nord-Pas-de-Calais e Communauté d'agglomération du Douaisis /Commissione europea*, cause riunite T-267/08 e T-279/08, in *Racc.*, II-01999 ss., p.ti 80-81).

Ma in un contesto in cui (come accennato) le garanzie procedurali a favore degli interessati appaiono già risicate, il caso in commento dimostra come la codificazione delle regole procedurali in materia di aiuti di Stato – pur a fronte del dichiarato obiettivo «*definire tutte le possibilità di cui dispongono i terzi per difendere i loro interessi in procedimenti in materia di aiuti di Stato*» (cfr. il considerando 16 del Regolamento 659/1999, ma dello stesso tenore anche il considerando 31 del Regolamento 1589/2015) – lasci ancora ampi spazi di incertezza in merito alle possibili conseguenze della mancata consultazione e così anche quanto all'effettiva portata delle garanzie partecipative previste.

La degradazione di tale omissione da vizio sostanziale (come era stata qualificata nella sentenza del Tribunale) a vizio procedurale è, infatti, tutt'altro che neutra per le parti interessate, dal momento che – come visto – solo, laddove si consideri tale irregolarità un vizio sostanziale, potrà ottenersi l'annullamento della decisione, senza che sia necessario dimostrare l'effettiva incidenza delle potenziali osservazioni sull'esito procedimento (Corte giust., sentenza 6-4-2000, *Commissione/ Imperial Chemical Industries plc*, C-286/95 P, in *Racc.*, I-06469 ss., p.to 52; Corte giust., sentenza 8-9-2016, *Goldfish e a./Commissione*, causa T-54/14, in *Racc.*, 455 ss., p.to 47). Viceversa, laddove – come nella sentenza in questione – si consideri l'onere di sentire gli interessati una mera formalità procedurale, l'annullamento è possibile, soltanto laddove si dimostri che, in assenza di tale irregolarità, la decisione finale avrebbe assunto un contenuto differente. (Corte giust., sentenza 16-3-1971, *Bernardi/Parlamento*, causa C-146/95, 00175 ss; P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo, fra diritto interno e diritto UE*, Milano, 2015).

D'altra parte, quest'ultima soluzione, come evidenziato nelle conclusioni dell'avvocato Sharpston (conclusioni dell'avvocato generale Sharpston nella causa Corte giust., *Spagna/Commissione*, C-114/17) – riprese anche dalle resistenti – appare comunque critica, poiché non solo non è chiaro il grado di dettaglio richiesto al fine di dimostrare la differenza tra la decisione effettiva e quella ipotetica, ma si richiede anche alla Corte di porsi nella posizione della Commissione al fine di verificare se le osservazioni, avrebbero modificato la valutazione finale.

La pronuncia riporta allora allora alla memoria quanto osservato nel celebre saggio di Giacinto della Cananea (G. della Cananea, *From Judges to Legislators? The Codification of EC Administrative Procedures in the Field of State Aid*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, pp. 967 ss.). Se in quella sede si auspicava che la codificazione delle regole del procedimento in materia di aiuti di Stato avrebbe superato le criticità della procedura quanto alle prerogative dei soggetti privati, il recente arresto della Corte porta a dubitare che la regolamentazione finora introdotta abbia effettivamente raggiunto tale scopo.

