

Insussistenza dell'obbligo di comunicazione alla Commissione nelle ipotesi di modifiche ad aiuti di Stato esistenti che non costituiscano nuovi aiuti

di Francesco Monceri

Title: Non-Subsistence of obligation to notify the commission in the event of changes of existing State aid which do not constitute new aid

Keywords: State aid; Excise duty; Biodiesel; Renewable energies.

1. – La sentenza oggetto di annotazione torna ad affrontare un tema cruciale nei rapporti tra Stati e Unione, il cui sviluppo, nel tempo, sta definendo il diritto euro-unitario concernente la disciplina degli aiuti di stato.

A tale proposito, va preliminarmente osservato come, nell'evoluzione di tale disciplina, in ragione della quale, in sintesi, al generale divieto posto agli Stati - sulla base degli articoli 107 e 108 del TFUE e connessa disciplina regolamentare europea- di provvedere ad accordare sovvenzioni pubbliche ad imprese in maniera ingiustificatamente distorsiva della libera concorrenza, si sia assistito ad una valorizzazione del rapporto collaborativo-procedimentale tra Stato ed Unione, per l'individuazione di principi e regole necessarie per la compatibilità di forme di elargizioni pubbliche ad imprese (operanti in un dato mercato) con il diritto europeo.

In questo quadro, ed anche rispetto alla sentenza oggetto del presente commento, la nozione di aiuto di stato -quale risultante dal diritto eurounitario- appare centrale per valutare la legittimità dei provvedimenti nazionali potenzialmente distorsivi del libero gioco del mercato.

E', infatti, da notare come un divieto *tout court* di intervenire mediante aiuti di stato non sia mai stato imposto in modo netto dalla Comunità europea, almeno nella misura in cui principi sociali quali la coesione economico-territoriale o le particolari condizioni di uno Stato membro costituivano sin dalla propria fondazione obbiettivi che la Comunità intendeva perseguire (In argomento rinvio a F. Monceri, *Il principio di coesione economico-sociale; nondimeno, lo sviluppo delle ulteriori e territoriale come peculiarità dell'ordinamento europeo. Il caso dei servizi pubblici*, in G. Colombini, *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, Napoli, 2011, 295-320) fasi dell'integrazione europea, col passaggio di Nizza ma anche con gli sforzi giurisprudenziali dei giudici comunitari, hanno accresciuto la dimensione sociale dell'Unione e, dunque, mitigato la richiesta di una rigida applicazione delle regole della concorrenza. Circostanze, queste, non indifferenti per una più esatta comprensione dell'evoluzione della disciplina degli aiuti di stato.

2. – Nel caso di specie la domanda di pronuncia pregiudiziale ruota, in sintesi, intorno alle modificazioni che interessano un aiuto di stato già considerato ammissibile dal diritto dell'Unione, disquisendo se tali modificazioni diano origine ad un nuovo aiuto o ad una modificazione di un aiuto esistente con obbligo di preventiva comunicazione alla Commissione, ovvero se tale comunicazione sia da ritenersi non dovuta (almeno al ricorrere di talune condizioni).

Rispetto a ciò, ed è questo il nodo della questione, si può sin da subito osservare che, per rispondere al quesito, l'effettiva incidenza della modifica sulla misura e sulle caratteristiche originarie dell'aiuto rappresentano un metro di valutazione che non può essere trascurato.

La questione, demandata alla valutazione della Corte da parte del Consiglio di Stato italiano, emerge da una serie di controversie riunite dalla Corte ai fini di una decisione unitaria (C-915/19 a C-917/19) che vedono contrapposti, da un lato, la Eco Fox Srl (C-915/19), la Alpha Trading SpA unipersonale (C-916/19) e la Novaol Srl (C-917/19) e, dall'altro, la Fallimento Mythen SpA (C-915/19), il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, il Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali, il Ministero dello Sviluppo economico (da C-915/19 a C-917/19) e l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (C-915/19), in ordine alla modifica di un regime di aiuti autorizzato dalla Commissione europea che prevede un trattamento fiscale agevolato per il biodiesel (in materia di aiuti di Stato *sub specie* di agevolazioni fiscali v. almeno G. Melis, *La c.d. "fiscalità di vantaggio" nella delega sul federalismo fiscale e gli aiuti di Stato. Alcune riflessioni*, in A.E. La Scala (a cura di), *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, Torino, 2010; M. Ingrosso, G. Tesaro, *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, Napoli, 2009; L. Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007).

Viene, dunque, subito in considerazione come la compatibilità con il diritto europeo dell'aiuto originariamente accordato dalla Commissione, riguardando un trattamento di favore consistente nella minore misura dell'accisa da applicare a tale carburante in favore di talune imprese del settore (da individuarsi secondo i criteri individuati dal legislatore nazionale), trova la propria giustificazione nella particolare attenzione che l'Unione riserva alla diffusione delle energie rinnovabili e all'utilizzo di carburanti meno dannosi per l'ambiente (proprio rispetto al settore della "transizione verde" *tout court* è prevista nel 2022 l'adozione di Linee guida della Commissione in materia di aiuti di stato a favore di clima, ambiente ed energia) . Da questo punto di vista, dunque, proprio la tutela dell'ambiente consente all'Unione di tollerare forme di incentivazione, che pur alterino sensibilmente il gioco della libera concorrenza, ma che, anche attraverso provvedimenti nazionali quali le *spinte gentili*, risultino capaci di realizzare un fine sociale cui è assegnato un ruolo di primo piano delle politiche europee (Sul tema v. R. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008; per l'applicazione della teoria all'azione amministrativa v. A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021).

Tale considerazione ci consente anche di circoscrivere l'oggetto della controversia, che non riguarda la legittimità dell'aiuto, già essendo stata questa riconosciuta dalla Commissione conformemente al Trattato e ai regolamenti in materia (regolamento CE n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 TFUE, come modificato dal regolamento UE n.734/2013 del Consiglio, del 22 luglio 2013; regolamento CE n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento n.59/1999), quanto piuttosto la distribuzione del beneficio tra le imprese, mutato nei suoi iniziali termini per l'effetto dell'intervento

della magistratura amministrativa.

3. – Nelle cause in discorso, riunite appunto per identità dell'oggetto, la normativa italiana è costituita essenzialmente dal decreto ministeriale n.256/2003 e dal decreto ministeriale n.156/2008, derivanti da un corretto procedimento di comunicazione e conseguente autorizzazione a disporre l'incentivo in discorso da parte degli organi europei.

Nell'ambito di tale normativa la questione proposta riguarda, invece, i criteri di assegnazione ai produttori di biodiesel dei quantitativi di prodotto esenti dall'accisa, per come originariamente definiti nell'art.4, comma 2, del D.M. 256/2003 e nell'art.3, comma 4, del D.M. 156/2008.

A seguito di ricorsi presentati da talune imprese che ritenevano illegittimi i criteri di ripartizione adottati nella normativa italiana, il giudice amministrativo nazionale ha annullato detta normativa limitatamente a tale profilo; questa è stata conseguentemente riveduta ad opera del Ministero dell'Economia e delle finanze mediante l'adozione del D.M. 37/2015.

La Eco fox, rientrando nel novero degli originari destinatari (privilegiati) dell'aiuto, ha impugnato la nuova disciplina di fronte al Tar Lazio proponendo la questione sottesa a tutte le cause riunite in esame, ossia che il D.M. 37/2015 costituendo un nuovo aiuto di Stato meritasse l'annullamento in quanto non sottoposto a preventiva comunicazione agli organi europei deputati alla valutazione di ammissibilità.

Con sentenza del 26 luglio 2018 il Tar Lazio negava la possibilità di qualificare il provvedimento normativo quale aiuto di Stato in quanto esso "non istituiva un nuovo programma di aiuti di Stato, ma fissava retroattivamente, senza modificare la durata dei programmi, alcuni coefficienti di assegnazione delle quote di biodiesel fiscalmente agevolate, a seguito dell'annullamento da parte del Consiglio di Stato delle disposizioni che stabilivano i criteri precedenti, e che non sussisteva, pertanto, alcun obbligo di notificare tale decreto ministeriale alla Commissione, ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE".

Nonostante ciò, il giudice del rinvio (Consiglio di Stato), nuovamente investito della questione, coglie l'occasione per chiedere alla Corte di Giustizia chiarimenti sulla nozione di nuovo aiuto di Stato, spinto forse anche dalla circostanza che, nel caso di specie, la nuova normativa ha preso forma a seguito di un provvedimento di natura giurisdizionale:

«Dica la Corte (...) se – in relazione agli articoli 107 e 108 TFUE, al [regolamento n.659/1999], al [regolamento n. 794/2004] e alle eventuali ulteriori pertinenti disposizioni del diritto [dell'Unione]– costituisca aiuto di Stato, come tale soggetto all'onere di previa notifica alla Commissione (...), un atto normativo secondario quale il regolamento adottato con il [decreto ministeriale] n. 37/2015 qui impugnato che, in diretta esecuzione di sentenze del Consiglio di Stato recanti il parziale annullamento dei regolamenti precedenti già comunicati alla Commissione, abbia inciso "ora per allora" sulle modalità di applicazione dell'accisa agevolata sul biodiesel modificando retroattivamente i criteri di riparto del beneficio fra le imprese richiedenti senza estendere la durata temporale del programma di agevolazioni fiscali».

4. – La questione, pur non ignota al diritto europeo, consente di rilevare come le nozioni normative di aiuto di Stato, nuovo aiuto di Stato, modifica di un aiuto di Stato (rilevante ai fini dell'avvio di una nuova procedura autorizzatoria europea) e -per converso- modifica non rilevante, debbano essere valutate con particolare attenzione al caso concreto.

Proprio tale ultimo assunto spinge a non poter condividere l'impostazione

del ricorrente secondo la quale la giurisprudenza europea (sentenze del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, e dell'11 giugno 2009, *AEM/Commissione*, T-01/02, EU:T:2009:191) sarebbe orientata a ritenere che ogni modificazione di un aiuto di Stato integri la fattispecie di un nuovo aiuto di Stato così determinando la necessità di una nuova valutazione da parte della Commissione.

A questo proposito bisogna osservare come le nozioni di aiuto di Stato siano sufficientemente definite nel diritto europeo e segnatamente nel Regolamento CE n.659/1999. Il novero dei c.d. *aiuti esistenti* è, infatti costituito, da tutti “gli aiuti autorizzati, ossia i regimi di aiuti individuali che sono stati autorizzati dalla Commissione o dal Consiglio” (art.1, lett.b, ii); se ne desume che è appunto l'autorizzazione al regime di favore proposto dallo Stato ad eliminare la possibilità che esso ricada nell'ambito del divieto generale alla concessione di aiuti distorsivi della concorrenza.

Più articolata la definizione di nuovo aiuto di stato (art.1, lett.c), in quanto da un lato la si ricava a contrario, definendoli come *regimi di aiuti e gli aiuti individuali* che non siano aiuti (già) esistenti; dall'altro nella nozione di nuovo aiuto vengono anche ricomprese le *modifiche* degli aiuti esistenti.

Come appare evidente è questa ultima nozione a generare incertezza dal momento che la disciplina dei nuovi aiuti di Stato prevede l'apertura di un nuovo procedimento di autorizzazione.

Così, il punto cruciale -che è anche l'oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale qui commentata- della questione riguarda le condizioni che consentono di considerare la modifica ad un aiuto di Stato esistente come nuovo aiuto, perché proprio in quel momento scatta l'obbligo di attivare un nuovo procedimento autorizzatorio.

La disciplina europea soccorre solo parzialmente a risolvere il problema in quanto l'art.4, comma 1, del regolamento n.794/2004 precisa che “si intende per modifica di un aiuto esistente qualsiasi cambiamento diverso dalle modifiche di carattere puramente formale e amministrativo che non possono alterare la valutazione della compatibilità della misura di aiuto con il mercato comune. Un aumento non superiore al 20% della dotazione originaria di un regime di aiuti non è tuttavia considerato una modifica ad un aiuto esistente”, dettando, dunque, una serie di condizioni che non consentono sempre e *a priori* di identificare quando la modifica debba essere con certezza considerata come modifica rilevante dell'aiuto esistente, se non raffrontando caso per caso la modifica stessa con forma e condizioni dell'aiuto originario.

Così impostata la questione, non si possono escludere evidenti difficoltà del giudice nazionale chiamato a valutazioni che comportano un certo margine di apprezzamento sugli effetti concreti della modifica rispetto alla portata complessiva dell'aiuto esistente. Incertezza che, come nel caso di specie, ha determinato il rinvio alla Corte di Giustizia, nonostante fosse emerso in corso di causa che la Commissione, pur avendo ricevuto notizia dell'esistenza del D.M. 37/2015, non aveva attivato nessun procedimento nei confronti dello Stato italiano.

5. – Come appena detto, la risoluzione della questione passa per la esatta valutazione della modifica -avvenuta peraltro con effetto retroattivo- e, di conseguenza, individuando il suo impatto sugli aiuti originariamente autorizzati con provvedimenti del 3 maggio 2002 (aiuto N 461/2001) (GU 2002, C 146, pag. 7) del 21 giugno 2005 (aiuto N 582/2004) (GU 2005, C 240, pag. 21), e dell'11 marzo 2008 (aiuto N 326/2007) (GU 2008, C 134, pag.1), emanati ai sensi dell'art.108, comma 3, TFUE.

Dall'esame della documentazione presentata, la Corte osserva come

l'impatto della modifica sui predetti aiuti esistenti ha riguardato, nel caso di specie, i criteri di assegnazione delle quote di biodiesel fiscalmente agevolato che in origine davano estremo rilievo ai dati storici di produzione delle imprese interessate e molto meno valore alla capacità produttiva, privilegiando –di conseguenza– i c.d. *incumbent* nei confronti delle imprese che si andavano affacciando sul mercato con un'alta capacità produttiva.

A seguito dell'intervento del giudice amministrativo la nuova normativa nazionale, sottoposta all'esame della Corte, ha semplicemente provveduto, con effetto retroattivo, ad attribuire lo stesso peso, ai fini della concessione del beneficio fiscale, alla capacità produttiva e ai dati storici pregressi delle imprese interessate ad usufruirne.

Ciò consente alla Corte di osservare come, rispetto agli aiuti esistenti nel settore, l'attuale normativa nazionale "non incide né sulla cerchia di beneficiari che, precedentemente, era stata ammessa al beneficio del regime agevolato, né sulla dotazione finanziaria del regime di aiuti autorizzato dalla Commissione con la decisione di autorizzazione del 2008, e non estende la durata di tale regime. Essa non incide neppure sulla definizione del prodotto che beneficia di un'aliquota di accisa agevolata né sull'aliquota stessa" (punto 45).

Partendo da questo quadro la Corte offre al giudice nazionale un criterio interpretativo ulteriore che può costituire un utile strumento per individuare se, nel caso concreto, la modifica dell'aiuto esistente possa integrare la realizzazione di un nuovo aiuto di Stato.

Tale criterio consiste nel raffronto tra la modifica apportata e le condizioni che la Commissione aveva esaminato e posto a fondamento della propria decisione.

Nel caso di specie, infatti, la Corte osserva che non risulta in nessun modo che la Commissione avesse autorizzato l'aiuto in ragione dei criteri di assegnazione alle imprese beneficiarie dei quantitativi di prodotto in via agevolata (punto 48).

Viceversa le originarie decisioni della Commissione si sono basate su altri fattori quali la disciplina comunitaria degli aiuti di stato per la tutela dell'ambiente rispetto alla produzione di energie rinnovabili, la disciplina europea promozionale rispetto all'uso di biocarburanti nel settore dei trasporti, la non ricorrenza del rischio di attribuire compensazioni eccessive nel settore (punto 50).

Ne deriva, che l'attuale normativa nazionale, non avendo inciso su nessuno di questi aspetti, ma solo sulla questione della ripartizione del beneficio, mai presa in considerazione dalla Commissione nelle proprie valutazioni, non ha comportato una modificazione normativa rilevante per la configurazione di un nuovo aiuto di stato, il che fa escludere che lo Stato italiano dovesse attivare la procedura di cui al Trattato, rimanendo la nuova normativa nello stretto perimetro di quanto già autorizzato.

6. – Sul piano dogmatico, ciò torna a far concludere che non tutte le modificazioni del regime autorizzato costituiscono nuovo aiuto ma solo quelle che vanno ad incidere in senso sostanziale sui presupposti che hanno determinato gli organi comunitari ad autorizzare l'aiuto esistente.

Inoltre emerge nella decisione che non tutti gli elementi contenuti nella comunicazione con cui lo Stato richiede l'autorizzazione devono essere considerati come essenziali, ma solo quelli cui gli organi europei danno rilevanza ai fini della propria decisione. Con la conseguenza che solo l'alterazione di tali elementi determina la configurazione di un nuovo aiuto di Stato.

E', infine, da osservare come tali valutazioni, comportando un esame preciso *case by case*, possono risultare non sempre facili per il giudice nazionale e, comunque, lasciano impregiudicata la questione riguardante i criteri di assegnazione del beneficio che pure devono essere valutati dal giudice nazionale

sulla base dei principi eurounitari della parità di trattamento e non discriminazione tra imprese.

Esclusa, dunque, la configurazione di un nuovo aiuto di stato e del conseguente obbligo di comunicazione, non è, invece, escluso, che la problematica dell'assegnazione del beneficio possa tornare, sotto altre vesti, di fronte al giudice europeo.

Francesco Monceri
Università di Pisa
monk17@hotmail.com