

**Aiuti di Stato: la compensazione dei danni da eventi eccezionali
ai sensi dell'articolo 107(2)(b) TFEU nell'emergenza Covid-19**

Marco Boccaccio

Abstract

In questa Nota viene analizzata l'applicazione da parte della Commissione europea dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) del Trattato, che consente di considerare compatibili gli aiuti di Stato volti a compensare il danno derivante da un evento eccezionale, nel contesto della crisi pandemica. A questo fine, dopo l'illustrazione degli strumenti utilizzati dalla Commissione, nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, per fare fronte alla crisi, sono approfondite questioni specifiche quali l'identificazione del danno causato dall'evento eccezionale, l'individuazione dello scenario controfattuale e gli impegni che devono essere assunti dagli Stati membri per concedere aiuti in base all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b. Sono infine discusse alcune applicazioni di questa base giuridica da parte della Commissione nel settore del trasporto aereo e le prime indicazioni della giurisprudenza europea al riguardo.

Introduzione

La crisi sanitaria ed economica innescata dalla pandemia del Covid-19 presenta alcuni tratti simili alla precedente crisi sviluppatasi negli anni 2008-2009 che, iniziata nel contesto dei mercati finanziari, ha finito poi per tradursi in una crisi sistemica dell'economia reale. In entrambi i casi si tratta infatti di eventi che hanno coinvolto le economie degli Stati membri dell'Unione nella loro totalità, eventi che hanno colto di sorpresa sia le autorità nazionali che la Commissione europea. L'esigenza di far fronte a questa situazione si è manifestata anche per quella parte della politica della concorrenza europea che si occupa della disciplina degli aiuti di Stato.

Nelle situazioni di crisi infatti cresce la domanda di interventi pubblici volti a sostenere l'economia per evitare che lo choc esogeno si traduca in un danno irreversibile al sistema. Molti di questi aiuti in tempi normali potrebbero ricadere nell'ambito del divieto generale di aiuti di Stato previsto dall'articolo 107, paragrafo 1 TFUE. Cresce pertanto, in parallelo, la domanda di un allentamento delle regole relative o in ogni caso di una maggior flessibilità nella loro applicazione per far fronte in maniera più efficace alla crisi.

Nei casi della crisi del 2008-2009, così come per situazioni emergenziali analoghe, la Commissione è dovuta intervenire con provvedimenti di urgenza che hanno comportato un certo grado di deviazione rispetto alla prassi normale di controllo. In alcuni casi la crisi è stata circoscritta a un settore produttivo in particolare: si pensi a quanto avvenuto in occasione degli attentati dell'11 settembre 2001, dato l'impatto che tali attentati hanno avuto in particolare sul settore aereo, o anche all'esperienza del *lockdown* successivo all'eruzione vulcanica in Islanda del 2010 con conseguenze ancora una volta sul settore aereo.

Rispetto ad altre situazioni, quella del 2008-2009 e quella presente hanno in comune l'ampiezza degli effetti dell'evento sull'economia, non circoscritti a specifici settori ma generalizzati e trasversali, né limitati solo ad alcuni Stati membri ma estesi a tutti gli Stati dell'Unione. La risposta della Commissione nel caso della pandemia Covid-19 è stata però in qualche modo ancora più rapida rispetto a quanto avvenuto per fronteggiare la crisi del 2008-2009, probabilmente anche grazie all'esperienza maturata in tale occasione.

Un aspetto da mettere in evidenza è che, già in occasione della crisi del 2008-2009, in parallelo definizione della risposta alla situazione di emergenza è stato avviato a livello europeo un processo di rivalutazione del ruolo della politica industriale, fino a quel momento considerata sotto una luce negativa quale potenziale cavallo di Troia per un

aggiramento e/o svuotamento della tutela della concorrenza. Si è quindi aperta una nuova stagione in cui provare a coniugare la politica industriale e la politica di concorrenza, in un quadro armonico degli interventi finalizzati al rafforzamento dell'economia europea nel suo complesso.

Analogo contesto si ripropone oggi in relazione alla emergenza Covid-19. Subito dopo l'annuncio da parte della Commissione europea della nuova strategia industriale, del marzo 2020¹, l'Organizzazione mondiale della sanità ha annunciato che la diffusione del virus Covid-19 aveva le caratteristiche della pandemia. La Commissione europea nell'ambito dell'adeguamento della nuova politica industriale del febbraio 2021 ha esplicitamente ritenuto come fosse necessario adeguare anche la strategia industriale dell'Unione alla nuova situazione. E ha al contempo attivato la sua risposta nell'ambito della disciplina di controllo degli aiuti.

Si vedrà in futuro se anche questa situazione di crisi comporterà, come quella precedente, una volta che l'emergenza sarà superata e i provvedimenti strettamente dipendenti da essa verranno revocati, un cambiamento di rotta non soltanto episodico e contingente ma che si consoliderà nel tempo in una nuova prospettiva. Rimane comunque la sensazione che il cammino intrapreso con il coordinamento tra la politica della concorrenza e la politica industriale, a prescindere dai dettagli, sia ormai un processo irreversibile.

In questa nota concentriamo l'attenzione sulla risposta della Commissione alla pandemia per quanto riguarda il controllo degli aiuti di Stato, focalizzandoci in particolare sull'utilizzo della deroga al divieto generale contenuta nell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE, relativa alla **compensazione dei danni arrecati da eventi eccezionali**. Partendo dall'analisi della reazione immediata della Commissione alla crisi pandemica (paragrafo 1), discuteremo il rapporto tra il Quadro temporaneo adottato a marzo 2020 e gli altri strumenti della disciplina degli aiuti di Stato (paragrafo 2), per poi approfondire il ruolo delle diverse basi giuridiche utilizzabili per la valutazione della compatibilità degli aiuti nel contesto della pandemia (paragrafi 3 e 4). Affronteremo quindi in dettaglio le questioni connesse all'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE, ossia come accertare la sussistenza di un danno subito a causa dell'evento eccezionale (paragrafo 5), come valutarne l'entità (paragrafo 6) e quali siano gli oneri in capo allo Stato membro che intende avvalersi di questa base giuridica per la concessione di

¹ Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa" COM (2021) 350 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0350&from=EN>

misure di aiuto (paragrafo 7). L'ultimo paragrafo è dedicato all'analisi di alcuni casi di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) nel settore del trasporto aereo, con riferimento sia a decisioni della Commissione sia alla giurisprudenza del Tribunale dell'Unione europea. Per un'analisi dettagliata del Quadro Temporaneo e delle misure adottate dall'Italia per avvalersene, si rinvia alle circolari Assonime su questi temi².

2. La risposta della Commissione europea alla crisi pandemica

La pandemia ha determinato una recessione economica di vasta portata, sia per estensione dato il suo carattere globale, sia per profondità. Per fare un esempio, dagli inizi di marzo 2020 alla metà di aprile dello stesso anno si valuta che la produzione si sia ridotta tra l'1,3% e l'1,9%, un dato che, considerato l'arco temporale così ridotto, rappresenta un valore enorme³. Come in ogni situazione di crisi, anche in quella attuale si sono moltiplicate le richieste di intervento pubblico a sostegno dell'economia. Per evitare l'aggravarsi della recessione fino al collasso dell'economia di molti Stati dell'Unione europea, la Commissione europea ha rapidamente reagito fornendo agli Stati una serie di indicazioni su come comportarsi rispetto alle misure di sostegno, mettendo a punto una serie di interventi finalizzati a rendere il sistema più flessibile così da velocizzare l'approvazione degli aiuti alle imprese e rendere efficace la reazione alla crisi⁴.

Un primo segnale in tal senso si è avuto il 12 marzo 2020, quando la Commissione europea ha approvato in base all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE, le prime misure d'aiuto per combattere la pandemia Covid-19. Si trattava di aiuti concessi dalla Danimarca per compensare i danni provocati a attività di organizzazione di eventi dalla cancellazione degli stessi. Notificato il giorno prima, lo schema di aiuti è stato approvato nel giro di 24 ore, mettendo in evidenza come la Commissione abbia considerato da

² Circolare 5/2020 "Il quadro temporaneo per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza Covid-10"; Circolare 21/2020 "Le integrazioni del Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato: ricapitalizzazioni, debito subordinato, piccole imprese in difficoltà"; Circolare 22/2020 "Decreto rilancio: contributi a fondo perduto, sostegno alla patrimonializzazione delle imprese di media dimensione e Patrimonio Destinato"; Circolare 10/2021 "Il Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato per il 2021 e le scelte in Italia alla luce del decreto Sostegni".

³ Chen S., Igan D., Pierri N., Presbitero A.F., 2020, "Tracking the Economic Impact of COVID-19 and Mitigating Policies in Europe and the United States", IMF Special Series on COVID-19, 2020.

⁴ Per un commento d'insieme "L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura e le prospettive", *Eurojus* numero speciale <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/l-emergenza-sanitaria-Covid-19-e-il-diritto-dell-Unione-europea-la-crisi-la-cura-le-prospettive-3.pdf> in particolare Latorre E., "Covid-19 e regole di concorrenza. Rilievi nelle risposte della Commissione europea ad una pandemia globale", e Massa C., "Covid-19 e aiuti di Stato: il quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri".

subito cruciale la celerità dell'intervento in casi del genere⁵. La Commissione in questa stessa occasione ha dichiarato che la pandemia rappresenta un evento eccezionale che giustifica un intervento di autorizzazione degli aiuti in deroga al divieto generale.

In rapida sequenza, il 13 e il 19 marzo 2020, sono stati adottati dalla Commissione due documenti fondamentali per il contrasto della pandemia. Il 13 marzo 2020 è stata adottata una Comunicazione programmatica con la quale si inizia a delineare una strategia di fondo, coordinata a livello europeo, per contrastare la pandemia indicando al contempo alcuni strumenti più mirati di intervento⁶. Si tratta di un documento di carattere generale e trasversale ma che prevede anche una parte specifica sugli aiuti di Stato. Si ribadisce la necessità di velocizzare le procedure di autorizzazione e vengono messi in evidenza i settori particolarmente colpiti dalla crisi (trasporti, turismo e settore alberghiero).

Il 19 marzo è stata adottata una prima versione del *Temporary Framework*, specificatamente diretto all'applicazione della disciplina degli aiuti, la cui validità era inizialmente prevista fino alla fine del 2020 ed è stata in seguito prolungata a oggi fino al 30 giugno 2022⁷.

Con il *Temporary Framework* la Commissione ha inteso offrire agli Stati membri uno strumento aggiuntivo rispetto a quelli già a disposizione per riconoscere la compatibilità degli aiuti di Stato, in particolare con l'obiettivo di rendere più agevole e veloce il percorso per avvalersi della deroga al divieto generale di aiuti contenuta all'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE. Il Quadro ha carattere temporaneo in quanto la sua durata è legata alla natura transitoria della crisi pandemica. Si replica, quindi, l'approccio già adottato dalla Commissione in occasione della crisi del 2008-2009.

In sintesi, il sistema di intervento d'urgenza per fronteggiare l'emergenza Covid -19, oltre alle possibilità già esistenti, indica altre tipologie di misure di aiuto che la Commissione è disponibile a dichiarare compatibili nell'ambito della crisi, fermi restando l'obbligo di notifica della misura e la valutazione da parte della Commissione stessa. Rientrano nell'ambito di applicazione ad esempio gli aiuti di modesta entità per le imprese in crisi

⁵ SA 56685 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_454

⁶ Commissione europea, "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli Investimenti e all'Eurogruppo, "Risposta economica coordinata all'emergenza Covid-19" COM (2020) 112 final <https://www.agenziacoese.gov.it/wp-content/uploads/2020/05/Comunicazione-della-Commissione-13marzo2020-.pdf>

⁷ La sesta modifica del Quadro temporaneo è stata adottata il 18 novembre 2021 [COM(2021) 8442 def.]. Cfr. Il testo consolidato del Quadro al seguente link: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-11/TF_consolidated_version_amended_18_nov_2021_en_1.pdf.

di liquidità, sotto forma di aiuto diretto o sotto forma di agevolazione fiscale, entro un massimale che inizialmente era di 800mila euro; gli aiuti sotto forma di garanzie su prestiti finalizzati a permettere alle banche di erogare prestiti per l'immediata copertura di costi di investimento o di capitale circolante; gli aiuti sotto forma di interessi sussidiati; gli aiuti all'assicurazione per crediti all'esportazione a breve termine, per i quali è stata facilitata la dimostrazione che in certi paesi vi sono rischi non assicurabili a condizioni di mercato.

Soltanto dopo due settimane dalla sua adozione, il 3 aprile 2020, il *Temporary Framework* è stato modificato una prima volta attraverso un emendamento volto a includere nel suo ambito di applicazione una serie di ulteriori aiuti. Si tratta di aiuti a favore di investimenti in ricerca e sviluppo che sono sostenuti da imprese coinvolte nella lotta alla pandemia, e di aiuti a specifiche imprese che operano in settori produttivi o in zone geografiche che sono state particolarmente colpiti dalla pandemia. Inoltre sono stati inclusi nell'ambito di copertura del *Framework* anche aiuti finalizzati alla tutela dei posti di lavoro e alla stabilizzazione dell'economia sotto forma di differimento nel pagamento delle imposte o di sospensione del pagamento degli oneri sociali.

In seguito, il *Temporary Framework* è stato più volte emendato. L'8 maggio 2020 sono state incluse una serie di misure volte alla ricapitalizzazione delle imprese e per la erogazione di prestiti agevolati (2020/C 164/03); il 29 giugno 2020 (2020/C 218/03), con una terza modifica, l'applicazione del *Temporary Framework* è stata estesa anche alle micro e piccole imprese che si trovavano già in difficoltà nel dicembre 2019, provvedendo anche ad alleggerire ulteriormente i vincoli posti alle ricapitalizzazioni; il 13 ottobre 2020 un'altra modifica ha riguardato innanzitutto lo spostamento temporale di applicazione del *Framework* al 30 settembre 2021 e poi ha introdotto la possibilità di esentare aiuti volti a coprire costi fissi non coperti di imprese colpite in modo particolarmente severo dalla crisi. La quinta e la sesta modifica, adottate rispettivamente il 28 gennaio 2021 e il 18 novembre 2021, si sono rese necessarie in seguito al prolungarsi della pandemia. Si è proceduto all'aumento dei massimali di aiuto ammissibili e sono state fornite alcune specificazioni e integrazioni delle modalità di applicazione della disciplina⁸.

⁸ [Cfr. anche](https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/state-aid-covid-19/state-aid-covid-19-an-overview-of-eu-and-national-case-law) Girardet P., Viala F., Zuehlke S., de l'Etange M., "State Aid and COVID-19 : an Overview of EU and National Case Law", *Concurrences*, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/state-aid-covid-19/state-aid-covid-19-an-overview-of-eu-and-national-case-law>.

2. Il rapporto tra il Temporary Framework e gli altri strumenti della disciplina degli aiuti di Stato

Con il *Temporary Framework* la Commissione ha inteso quindi rafforzare le economie colpite dalla crisi e rendere più efficace l'azione di sostegno. In questa ottica la Commissione ha chiarito che gli strumenti emergenziali forniti non sono diretti a sostituire quelli normalmente messi a disposizione degli Stati ma si sommano ad essi. La Commissione quindi da una parte estende la possibilità di utilizzo delle norme vigenti variandone i criteri di applicazione e dall'altra, nel rispetto di alcune condizioni, permette di cumulare gli aiuti concessi nell'ambito della strategia emergenziale con altri aiuti, così come è possibile cumulare quelli direttamente connessi alla pandemia tra loro.

Rimane sempre possibile da parte degli Stati fare ricorso innanzitutto a una serie di misure di aiuto che possono essere attuate direttamente, senza obbligo di notifica e di relativo obbligo di rispetto della *standstill clause*. Si fa riferimento alle misure che non hanno natura discriminatoria e sono quindi utilizzabili da tutte le imprese (misure non selettive). Nel caso specifico si può pensare come esempio alla sospensione del pagamento in tutto o in parte di tributi o del versamento degli oneri sociali.

Anche il ricorso agli aiuti di importo limitato, il così detto *de minimis*⁹, può essere effettuato senza obbligo di notifica e può costituire un rapido strumento di intervento.

Infine c'è la possibilità di utilizzare il Regolamento generale di esenzione¹⁰ che fissa le condizioni in presenza delle quali aiuti individuali o schemi d'aiuto possono essere attuati a prescindere dalla notifica per essere poi eventualmente assoggettati a un controllo ex post.

Il ricorso a questi strumenti nel contesto emergenziale è però condizionato da una serie di limitazioni.

Nel primo caso (l'ipotesi del 'non aiuto'), la misura adottata può presentare un profilo di selettività che a volte non è facilmente identificabile dallo Stato, almeno a prima vista e in condizioni di urgenza dell'approvazione della misura. Ciò avviene soprattutto quando la misura ha natura fiscale, ambito nel quale l'individuazione della selettività solleva particolari problemi, nonché nei casi di così detta selettività *de facto*. È quindi facile che

⁹ Regolamento (UE) n. 1497/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'unione europea agli aiuti *de minimis*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1407&from=EN>

¹⁰ Regolamento (UE) n.651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0651&from=IT>

gli Stati possano commettere errori che comporterebbero poi l'ordine di recupero, aggravando ulteriormente la situazione dei beneficiari dell'aiuto già in difficoltà.

Per quanto riguarda il *de minimis*, i limiti fissati all'ammontare degli aiuti che possono essere concessi in base al relativo regolamento possono facilmente risultare insufficienti in una situazione di grave disturbo dell'economia nazionale. Oltretutto, ci sono una serie di requisiti ulteriori da soddisfare per far rientrare gli aiuti nell'ambito del regolamento *de minimis*, soprattutto in termini di trasparenza, che possono rendere meno appetibile il ricorso a questo tipo di strumento.

Per quanto riguarda il ricorso al Regolamento generale di esenzione, oltre ai requisiti molto stretti e dettagliati da adempiere per rientrarvi a seconda delle diverse tipologie di aiuto, un ostacolo consiste nel fatto che non è applicabile al caso delle imprese in difficoltà, anche quando la causa della difficoltà sia un evento esogeno quale la crisi pandemica.

È possibile evitare l'obbligo di notifica anche quando l'aiuto consistente nella compensazione di obblighi di servizio economico generale risponde ai criteri *Altmark*. La Commissione ha chiarito in particolare le condizioni relative a tale tipologia di aiuto nei casi del trasporto aereo, marittimo e terrestre per affrontare la particolare situazione della pandemia¹¹.

Un'ultima tipologia di aiuti che non devono essere notificati è quella degli aiuti erogati direttamente ai consumatori, ad esempio per il rimborso di titoli di viaggio non utilizzati in quanto cancellati in seguito all'emergenza.

3. Le disposizioni del Trattato per la valutazione della compatibilità dell'aiuto

Come già detto, la strada più agevolmente percorribile è quella di valutare gli aiuti erogati nel contesto della crisi sulla base delle norme del Trattato che prevedono deroghe al divieto generale, previa notifica. Si tratta dei già citati articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE, articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE e articolo 107, paragrafo 3, lettera c) TFUE. Si tratta di disposizioni che sono risultate particolarmente funzionali a essere utilizzate nel caso della attuale crisi e che di fatto costituiscono la cornice normativa

¹¹ <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/the-impact-of-covid-19-navigating-eu-state-aid/> "The impact of Covid-19: navigating EU state aid"

nell'ambito della quale si muovono gli Stati che intendono concedere aiuti per rimediare ai danni della pandemia.

Analizziamo anzitutto l'**articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE** sopra citato, in base al quale **sono dichiarati compatibili gli aiuti diretti a compensare i danni economici procurati da disastri naturali o da eventi eccezionali**. Si tratta di aiuti per i quali l'esenzione rispetto al divieto generale di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE non è sottoposta a una valutazione discrezionale da parte della Commissione, essendo sufficiente l'aver stabilito che la causa del danno economico sia riconducibile alla presenza del presupposto fissato dal Trattato.

Nel caso della pandemia la Commissione, già nella prima decisione adottata il 12 marzo 2020, ha riconosciuto che si tratta di un evento eccezionale, così che in caso di aiuti per i quali si richiede la deroga in base all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE occorre soltanto dimostrare l'esistenza del danno e il nesso causale con l'evento pandemico.

La Commissione ha anche emanato un **template** nel quale definisce i contenuti che deve avere la notifica di un aiuto per il quale si chiede la deroga in base all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE per verificare che le misure adottate siano strettamente giustificate dalla situazione pandemica in atto¹². Occorre che lo Stato dichiari quando è scoppiata la pandemia nel paese e fornisca informazioni sull'impatto economico della stessa e sui provvedimenti adottati per farvi fronte che possono avere avuto un impatto negativo sulle imprese. In più, occorre che lo Stato descriva, oltre agli elementi delle misure d'aiuto che intende introdurre, anche alcuni profili specifici relativi ai danni che tali misure sono volte a compensare. Lo Stato è chiamato in primo luogo a descrivere il nesso causale che intercorre tra lo scoppio della pandemia, i divieti o le raccomandazioni che hanno inciso sui potenziali beneficiari dell'aiuto, e il danno che essi hanno dovuto sopportare; inoltre, deve tracciare il nesso causale tra l'aiuto e il danno. Occorre inoltre che lo Stato descriva in maniera dettagliata la tipologia del danno da compensare, come ad esempio la perdita di reddito oppure il verificarsi di costi aggiuntivi rispetto a quelli normalmente sostenuti nelle attività interessate.

L'altra norma fondamentale è quella di cui all'**articolo 107 paragrafo 3 lettera b) TFUE** che riguarda gli aiuti finalizzati a rimediare una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro. È la norma che costituisce lo specifico oggetto del *Temporary Framework*. In questo caso, a differenza di quello precedente, l'applicazione da parte della Commissione non deriva automaticamente dalla verifica dell'esistenza dei

¹² https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/notification_template_107_2_b.pdf "Notification template for State aid measures notified under Article 107 (2) 8b) TFEU in the Covid-19 outbreak context"

presupposti: la Commissione è chiamata infatti a svolgere anche una valutazione di compatibilità che ha natura discrezionale. È con riferimento ai criteri utilizzati nella valutazione discrezionale che la Commissione ha fornito nel *Temporary Framework* indicazioni agli Stati.

L'obiettivo di una disposizione attuativa dell'articolo 107 paragrafo 3 lettera *b)* TFUE si può spiegare soprattutto con l'obiettivo di ridurre l'eventuale incertezza connessa alla discrezionalità insita nella sua applicazione, una incertezza che può incidere negativamente sulla efficacia in termini di celerità dell'intervento.

Il ricorso alla deroga prevista dall'articolo 107 paragrafo 3 lettera *b)* TFUE ha avuto una accelerazione proprio a causa della crisi 2008- 2009. Fino a quel momento infatti, nel periodo che va dall'entrata in vigore del Trattato di Roma, nel 1958, al 2008, anno di scoppio della crisi, si era fatto ricorso a questa deroga soltanto tre volte mentre nell'ambito della crisi finanziaria la deroga è stata utilizzata più di 400 volte.

Una terza possibilità di deroga applicabile alla crisi attuale è fornita dall'**articolo 107 paragrafo 3 lettera c)** TFUE, che copre tra l'altro gli aiuti al salvataggio e ristrutturazione delle imprese in difficoltà. Questa base giuridica è applicabile ai casi in cui l'impresa, per precedenti ragioni e/o a causa della pandemia abbia un urgente bisogno di liquidità o la necessità di una ristrutturazione per rimanere sul mercato. Si tratta tuttavia di una deroga la cui applicabilità è assoggettata a condizioni molto restrittive¹³.

4. Utilizzo delle diverse basi giuridiche per la valutazione di compatibilità nel contesto della pandemia

In che modo queste norme sono state utilizzate per dichiarare compatibili aiuti volti a rimediare i danni della pandemia?

Come già accennato, la Commissione è intervenuta rapidamente per reagire alla situazione creata dalla pandemia con una prima decisione risalente al 12 marzo 2020. Da quel momento, la Commissione ha iniziato a ricevere una serie di notifiche che hanno portato all'approvazione di 100 misure d'aiuto soltanto nel periodo tra il 12 marzo e il 30 aprile 2020. L'86 per cento di tali misure sono state approvate in applicazione dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera *b)* TFUE, l'8 per cento in base all'articolo 107, paragrafo 2,

¹³ Commissione europea, "Comunicazione della Commissione. Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese non finanziarie in difficoltà", (2014/C 249/01), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0731\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0731(01)&from=IT)

lettera b) TFUE e il 6 per cento in base all'articolo 107, paragrafo 3, lettera c) TFUE. Per quanto riguarda le diverse tipologie di misure d'aiuto, il 34 per cento erano aiuti in forma di garanzie; i sussidi diretti erano in analogia percentuale, mentre il 15 per cento era rappresentato da prestiti sussidiati, il 10 per cento da anticipi rimborsabili e il resto da agevolazioni fiscali e altre agevolazioni nei pagamenti¹⁴. Anche dopo la fase iniziale, delle molteplici misure che sono state approvate la stragrande maggioranza si sono basate sul *Framework*, quindi in sostanza sull'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE¹⁵.

In linea teorica il Covid-19 presenta sia le caratteristiche dell'evento eccezionale che legittima l'utilizzo dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) sia quelle della situazione che determina un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, che è appunto la fattispecie prevista dall'articolo 107 paragrafo 3 lettera b) TFUE. Non sembra aprioristicamente possibile spiegare le ragioni per le quali uno Stato debba preferire se uno strumento piuttosto che l'altro e quindi appare a prima vista complicato giustificare anche il ricorso così massiccio alla seconda norma rispetto alla prima¹⁶. Si potrebbe immaginare, al contrario, che l'articolo 107 paragrafo 2 lettera b) potrebbe essere più appetibile in quanto, una volta definiti i presupposti (e abbiamo detto che la Commissione ha già stabilito che la pandemia Covid – 19 è qualificabile come evento eccezionale) la norma si applica in maniera automatica.

La spiegazione dell'uso, al contrario, più massiccio dell' articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE può dipendere da diversi fattori. Probabilmente il fatto che la Commissione attraverso il *Temporary Framework* abbia fornito delle indicazioni sull'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE (mentre ricordiamo che non esiste discrezionalità nell'applicazione dell'articolo 107 paragrafo 2 lettera b) TFUE) ha accresciuto la percezione dell'affidabilità di utilizzo dello strumento. È anche uno strumento semplice perché, ad esempio, rispetto a quanto normalmente accade, il

¹⁴ Ahlqvist V., Claici A., Tizik S., 2020, "How to Estimate the Covid-19 Damages? Economic Considerations for State Aid During a Time of Crisis", *European State Aid Law Quarterly*, pp. 150- 160.

¹⁵ Per una ricognizione delle misure approvate dalla Commissione nell'ambito dell'emergenza fino al 18 ottobre 2021, cfr. European Commission, "Coronavirus Outbreak – List of Member State Measures approved under Articles 107 (2) b, 107 (3) b and 107 (3) c TFEU and under State Aid Temporary Framework", https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/State_aid_decisions_TF_and_107_2b_107_3b_107_3c.pdf

¹⁶ Andrebbe inoltre spiegato il favore del quale ha goduto il ricorso all' articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE presso i paesi nordici, Danimarca Finlandia e Svezia che almeno nella prima fase della pandemia hanno rappresentato i tre quarti delle misure notificate in ragione dell'emergenza Covid-19. Cfr. Girardet P., Viala F., Zuehlke S., de l'Estang M., "State Aid & Covid-19: an Overview of Eu and National Case Law", *Concurrences*, Art. No. 95173, 8 giugno 2020, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/state-aid-covid-19/state-aid-covid-19-an-overview-of-eu-and-national-case-law>

Temporary Framework non fissa delle intensità di aiuto ma semplicemente dei massimali.

A ben guardare i dati, infatti, la maggior parte delle deroghe concesse in applicazione dell'articolo 107 paragrafo 3 lettera b) TFUE si sono basate sul *Framework*. Scorporando questi casi dagli altri, ossia dalle applicazioni dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) su base individuale, al di fuori del Framework, il ricorso alle due basi giuridiche è pressoché uguale con leggero favore, anzi, per la deroga dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE.

In secondo luogo, e qui entra in gioco un aspetto sostanziale e non più solo procedurale, la deroga di cui all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE ha come obiettivo solamente quello di compensare un danno che si è già verificato, mentre nel caso dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE l'effetto dell'aiuto agisce sia nella direzione compensativa (verso il passato) sia in quella prospettica (verso il futuro), permettendo alle imprese colpite dalla crisi non solo di vedersi risarcire dal danno subito ma anche di essere messe in condizione di proseguire la propria attività¹⁷. Dal momento che una crisi come quella da Covid-19 ha un impatto recessivo globale sull'economia e non solo su specifiche imprese o settori, l'effetto degli aiuti ha anche una dimensione macroeconomica di impulso alla ripresa.

Nonostante possano esserci quindi delle argomentazioni a favore dell'utilizzo dell'articolo 107 paragrafo 3 lettera b) TFUE e in effetti questo sia apparso come lo strumento preferito, è rimasta una non indifferente porzione di notifiche in base all'articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE¹⁸.

Il tema di maggior rilievo che emerge a proposito dell'utilizzo dell'articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE è quello della individuazione e della quantificazione del danno da poter compensare. È di questo aspetto che ci occuperemo qui di seguito.

5. La compensazione del danno subito a causa dell'evento eccezionale

Prima di affrontare questo tema in relazione alla specifica situazione degli aiuti per rimediare agli effetti della pandemia, si può inquadrare la questione nell'ambito più

¹⁷ Nicolaidis P. , 2020, "Application of Article 107 (2) (b) TFUE to Covid-19 Measures: State Aid to Make Good the Damage Caused by an Exceptional Occurrence", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11, no. 5-6, pp. 238- 243.

¹⁸ Dai dati della Commissione risulta invece che il ricorso all'articolo 107, paragrafo 3, lettera c) ha svolto un ruolo del tutto marginale.

generale della relazione esistente tra disciplina di controllo degli aiuti di Stato e compensazione di danni subiti dal beneficiario dell'aiuto¹⁹.

In linea di massima la compensazione da parte dello Stato di un danno subito da una impresa è considerata aiuto ai sensi del divieto generale di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE in quanto rappresenta un vantaggio per il beneficiario (che consiste nel sollevarlo da costi che altrimenti, cioè in condizioni normali di mercato, avrebbe dovuto sostenere) e ha natura selettiva, dato che di solito non riguarda le imprese nella loro generalità ma singole imprese o settori particolari. Tra le situazioni per le quali interviene lo Stato a compensare un danno, alcune rientrano nelle deroghe alle quali abbiamo fatto riferimento in precedenza, quelle cioè previste dagli articoli 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE e 107, paragrafo 3 lettera b) TFUE.

Vi sono però anche altre situazioni, come quelle nelle quali il danno non deriva da eventi esterni ma da un obbligo imposto direttamente dallo Stato. Si tratta di ipotesi diverse tra loro nei dettagli ma che in linea teorica potrebbero tutte riflettersi nelle misure adottate dagli Stati membri in risposta alla pandemia. La differenza tra le due tipologie è stata ad esempio sottolineata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Asteris*²⁰ nella quale la Corte ha affermato al paragrafo 23 che *“i pubblici aiuti, che costituiscono misure delle pubbliche autorità che favoriscono talune imprese o taluni prodotti, hanno natura giuridica del tutto diversa dal risarcimento che le autorità nazionali siano eventualmente condannate a corrispondere ai singoli, per un danno da loro causato”*.

Il principio è stato ribadito anche con riferimento a situazioni nelle quali l'intervento dell'Autorità pubblica aveva leso un diritto di proprietà²¹. Il Tribunale, a sua volta, nella causa *ThyssenKrupp* ha infatti affermato che *“i risarcimenti danni che le autorità nazionali potrebbero essere eventualmente condannate a versare a privati in risarcimento di un danno da esse provocato loro, rivestono una natura giuridica fondamentalmente diversa e non costituiscono pertanto aiuti ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE”*²². Nel caso in questione veniva qualificata come aiuto la proroga di una tariffa agevolata concessa per un periodo determinato a titolo di indennizzo per un esproprio. La tariffa in sé non veniva considerata come aiuto di Stato in ragione appunto della sua

¹⁹ In generale sul tema cfr. ad esempio Tjepkema M., 2013, “Damages Granted by the State and their Relation to State Aid Law”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 12, no. 3, pp. 478-492.

²⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 27 settembre 1988, *Asteris* e altri contro Repubblica Ellenica e Comunità Economica Europea, Cause riunite da 106/87 a 120/87 https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:effdf2a3-e89e-4cd7-8b2a-ecb8ca78e400.0005.03/DOC_1&format=PDF

²¹ *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA contro Commissione europea* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008TJ0062_SUM&from=SL

²² Gli attuali articoli 107 e 108 TFUE.

natura meramente compensativa. Era da considerarsi aiuto invece la sua proroga. Si applica quindi in questo caso la distinzione tra una compensazione che, limitandosi semplicemente a rimediare a un danno, non viene considerata quale aiuto ai sensi del divieto generale di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE e quella che, invece, è maggiore del danno subito finendo per ricadere nel divieto generale²³.

C'è da segnalare come la Commissione europea stessa sia intervenuta sul tema in una direzione che potremmo definire estensiva. Nella decisione *Akzo Nobel* del 2004, ad esempio²⁴, la Commissione ha chiarito che, laddove una misura abbia come funzione solo quella di compensare il danno causato dall'azione statale, allora non la si può considerare selettiva, il che la escluderebbe dall'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. La Commissione in questo modo avrebbe applicato la distinzione compiuta dalla Corte tra ciò che costituisce aiuto e ciò che invece aiuto non è, estendendo la portata di quella che si potrebbe chiamare la *regola Asteris* anche ai casi nei quali non sia possibile ravvisare una qualche responsabilità *per colpa* da parte dello Stato nell'aver provocato il danno.

In una decisione del 1999 relativa a una legge tedesca avente per oggetto l'acquisto di terreni in base alla disciplina delle indennità compensative, la Commissione ha affermato inoltre che la *“legge tedesca sulle indennità compensative non contiene elementi di aiuto, nella misura in cui le relative disposizioni si limitano a istituire compensazioni a seguito di espropri o di interventi analoghi effettuati sulla base del principio di sovranità e i vantaggi concessi sono equivalenti o inferiori ai danni patrimoniali cagionati da tali interventi”*²⁵. L'assenza dell'aiuto dipenderebbe pertanto da un lato dalla relazione causale tra una attività dello Stato e l'effetto dannoso da questa procurato e dall'altro dal

²³ Il punto ricorda il dibattito sulla natura delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico nell'ambito della interpretazione dell'articolo 106, paragrafo 2 TFUE. Per una discussione sul tema cfr. Gallo D., 2013, “Gli aiuti di Stato, l'articolo 106, paragrafo 2 TFUE e la compensazione degli obblighi di servizio pubblico”, in Pace L. F. (a cura di), “*Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*”, Napoli: Jovene editore <http://www.competition-law.eu/wp-content/uploads/2014/04/Dizionario-completo.pdf> e Alla L., “Finanziamento degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli Aiuti di Stato: evoluzione della giurisprudenza e recenti innovazioni normative nella prospettiva dello State Aid Action Plan”, in *Amministrazione in cammino*, <https://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/03/Aiuti-1.pdf>. Ginevra Bruzzone, Marco Boccaccio, *Infrastructures and SGEI: the scope of State aid control and its impact on national policies* (2020), in P.L. Parcu, G. Monti e M. Botta (eds.), “EU State Aid Law. Emerging Trends at the National and EU Level”, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK; Elgar online page: <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788975247/9781788975247.00010.xml>

²⁴ Commission Decision 16 June 2004 on aid to Akzo Nobel N 304/2003 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:081:0004:0005:EN:PDF> cit. in Tjepkema M., 2013, pg. 485 nota 53.

²⁵ Decisione della Commissione del 20 gennaio 1999 relativa all'acquisto di terreni in virtù della legge tedesca sulle indennità compensative <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0268&from=en>

contenuto sostanziale della misura compensativa, se cioè sia proporzionata o meno. La compensazione sarebbe proporzionata, a sua volta, quando si limiterebbe a ricondurre il soggetto alla situazione nella quale si trovava prima che si verificasse l'evento dannoso.

Sembra quindi che anche nel caso di eventi come la pandemia Covid-19 gli Stati avrebbero potuto intervenire senza necessità di notifica, oltre che nei casi di *de minimis*, regolamento generale di esenzione ecc., anche per rimediare ai danni subiti dagli operatori economici in seguito ai provvedimenti adottati dal governo (lockdown o restrizioni imposte ad attività economiche). Il riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza avrebbe infatti potuto permettere di superare quelle perplessità interpretative legate alla possibile natura selettiva delle misure adottate, perplessità in precedenza citate. Ovviamente questa strada non sarebbe stata percorribile per i danni causati dal rallentamento dell'attività economica non direttamente imputabili alle misure restrittive adottate dai singoli Stati, ma derivanti più in generale dalla recessione economica connessa alla pandemia.

Come già detto, si è perlopiù scelta la strada di adottare provvedimenti che siano in linea con quanto previsto dal *Temporary Framework* (così avvenuto ad esempio con i decreti c.d. ristori in Italia), muovendosi prevalentemente entro l'orizzonte dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE. Oltre alle ragioni ricordate in precedenza, questa scelta è stata dettata probabilmente anche dall'obiettivo di 'blindare' in qualche modo i provvedimenti adottati ed evitare di alimentare ulteriore incertezza (possibili provvedimenti di recupero) in un momento di particolare complessità per gli operatori economici. Affinché la compensazione di un danno possa essere considerata *non aiuto*, occorre infatti che siano soddisfatte alcune condizioni derivabili dal nucleo centrale di cui ai provvedimenti citati. Sintetizzando, occorre che vi sia un fondamento legale per la compensazione, che deve risultare incardinata in una regola generale che fonda l'obbligo al risarcimento, deve esserci una relazione diretta tra l'atto del governo e il diritto al risarcimento e infine la compensazione deve essere uguale o inferiore rispetto alla perdita finanziaria subita dal destinatario del provvedimento²⁶. Che tali condizioni siano pienamente soddisfatte può essere ovviamente controverso, e non sempre è facile darne dimostrazione, se non per l'esistenza di una norma nella quale si incardina il diritto alla compensazione.

Il confine con il divieto di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE può rivelarsi quindi labile non solo per la questione della selettività, superata nei casi del puro e semplice ripristino

²⁶ Tjepkema M., 2013, pg. 487.

della situazione iniziale, ma anche, ad esempio, per il fatto che a volte non è netta la distinzione tra danno e rischio d'impresa. Questa zona grigia può facilmente dare adito ad azioni che possono arrivare a compromettere l'efficacia dei provvedimenti adottati dallo Stato il che, come ovvio, è particolarmente problematico quando è necessario intervenire con urgenza. È pertanto comprensibile come gli Stati abbiano preferito fare ricorso allo strumento appositamente predisposto dalla Commissione, piuttosto che avventurarsi per una strada più rischiosa, anche in presenza di una giurisprudenza che individua le condizioni per l'assenza dell'aiuto nei casi di semplice risarcimento del danno.

Per quanto riguarda il tema del danno in quanto tale, cioè la sua connessione con un obbligo di risarcimento, è opportuno considerare che i criteri di compatibilità sono dettati sostanzialmente dall' articolo 107 paragrafo 2 lettera b) TFUE, per cui l'analisi può concentrarsi agevolmente su quest'ultimo.

L' articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE come detto fa riferimento a situazioni eccezionali, concetto che non viene definito puntualmente nel Trattato ma i cui contorni si possono delineare dall'insieme delle decisioni della Commissione stessa in materia. È attraverso esse che la Commissione fornisce di volta in volta indicazioni agli Stati membri. Così, ad esempio, nel caso della valutazione della compatibilità di misure speciali relative a una contaminazione da diossina verificatasi in Irlanda, la Commissione ha considerato un evento come eccezionale quando si differenzia in modo chiaro dall'ordinario, sia per quanto riguarda le sue caratteristiche intrinseche sia per quanto riguarda gli effetti che provoca sulle imprese che ne sono state colpite ²⁷. Così la contaminazione da diossina che è oggetto del caso in questione viene classificata quale evento eccezionale perché presenta alcune caratteristiche tipiche di quest'ultimo. Innanzitutto l'imprevedibilità dell'evento stesso, che lo colloca completamente al di fuori di ciò che connota il funzionamento normale del mercato. In secondo luogo, il fatto che da tale imprevedibilità matura la perdita di fiducia da parte dei consumatori. Si sono poi verificate delle perdite consistenti per un numero rilevante di imprese e il danno si è manifestato su larga scala. Tra questi fattori l'imprevedibilità, in particolare, sembra essere al cuore del fenomeno.

Questa caratteristica implica una distinzione tra un evento incerto e un evento rischioso, per usare una classificazione ben nota in economia. L'evento rischioso è quello che, per quanto sconosciuto, è classificabile all'interno di una distribuzione di probabilità, laddove l'evento incerto è quello che sfugge a una qualsiasi determinazione in base a una

²⁷ European Commission, State aid/Ireland, Aid NN 44/2009 https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/232552/232552_1019655_18_1.pdf

classificazione probabilistica²⁸. Questa distinzione sembra ben nota alla Commissione europea che, ad esempio, ha negato l'autorizzazione a sussidi all'agricoltura finalizzati a coprire le perdite subite da alcuni operatori economici a causa di uno sciopero degli autotrasportatori ritenendo che uno sciopero non può considerarsi evento eccezionale in quanto si verifica con una certa frequenza e non è quindi imprevedibile²⁹.

Su una linea di pensiero analoga, la Commissione di solito non ha classificato come evento eccezionale il manifestarsi di epidemie che colpiscono animali o piante, dal momento che si tratta di eventi consueti nelle attività di allevamento e coltivazione. Si è detto 'di solito' perché è possibile trovare un atteggiamento differente da parte della Commissione nei confronti di una epidemia nell'ambito animale. Si tratta del caso della *bovine spongiform encephalopathy* (BSE) la così detta sindrome della *mucca pazza*). In questo caso la Commissione ha deciso diversamente in quanto si trattava in quel caso di una malattia completamente nuova, in precedenza mai verificatasi³⁰. Non rileva quindi la tipologia dell'evento, cioè che si tratti, nei nostri esempi, di una epidemia, quanto piuttosto la circostanza che il suo verificarsi sia qualcosa di completamente nuovo.

L'analogia con la pandemia Covid-19 appare qui evidente, dato che si tratta di una epidemia che risponde proprio al carattere della imprevedibilità appena chiarito. Un virus con tali caratteristiche non era precedentemente stato diagnosticato così che non era possibile prendere misure preventive né porre in essere una reazione efficace immediata.

Quando l'evento negativo rientra nell'ambito del rischio associabile a una determinata attività economica, invece, un eventuale aiuto pubblico andrebbe a coprire costi operativi. Si tratta di una categoria di costi che, avendo un elevato potenziale distorsivo, sono assoggettati a requisiti stringenti per essere considerati ammissibili. Gli aiuti di questo genere possono eventualmente essere autorizzati in ragione di qualche altra deroga al divieto generale, ma non in base all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE.

La possibilità che l'aiuto travalichi la funzione semplicemente compensativa e si traduca in un aiuto al funzionamento (copertura di costi operativi) è legata anche al modo con il quale l'aiuto viene strutturato. Così ad esempio la definizione dell'insieme dei beneficiari può includere eterogeneamente sia imprese che hanno subito un danno direttamente

²⁸ Il tema è approfondito in particolare in Knight F.H., 1921, "*Risk, Uncertainty and Profit*", Chicago: University of Chicago Press.

²⁹ Decisione della Commissione del 7 maggio 2004 relativo all'aiuto di Stato previsto dall'Italia, Regione Sicilia, al settore agricolo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006D0620&from=EN>

³⁰ Decisioni N 657/2001 e 437/2001 riguardanti sussidi agli allevatori di bovini in Belgio cfr. Nicolaidis P., 2020, cit., pg. 240.

derivante dall'evento eccezionale sia imprese che in realtà non hanno subito danni o hanno sofferto solo di conseguenze negative minime dall'evento. Ne segue che la definizione del gruppo di beneficiari dovrebbe essere sufficientemente circoscritta in modo da evitare questo rischio, e da permettere una verifica della effettiva maturazione del danno in capo ai beneficiari stessi.

Ulteriore elemento rilevante sotto questo profilo è quello della tempistica nell'erogazione dell'aiuto. Trattandosi di attività di impresa, la distanza dell'erogazione dell'aiuto dal verificarsi dell'evento può fare sì che l'effetto dell'aiuto non sia più meramente risarcitorio ma si converta in un aiuto all'attività stessa.

Questi rilievi portano a un elemento cruciale nella definizione della compatibilità dell'aiuto ai sensi dell'articolo 107 paragrafo 2 lettera b) TFUE, cioè quello della dimostrazione dell'esistenza di un nesso causale tra l'evento eccezionale e il danno per il quale si reclama il risarcimento. È però difficile che, una volta che si dimostri l'esistenza di costi che deviano rispetto a quelli normalmente sostenuti (cioè un danno) da imprese che operano nell'ambito della zona dove si è verificato l'evento eccezionale, che tali costi non siano imputati all'evento stesso. Piuttosto, il problema potrebbe essere quello di evitare la sovra-compensazione. Questo però può essere un problema che riguarda la corretta quantificazione del danno piuttosto che la individuazione del nesso che lega con relazione di causalità tale danno all'evento. È importante, quindi che la determinazione del danno sia effettuata in maniera obiettiva. Questo è un altro onere che grava sullo Stato che intende concedere l'aiuto. La Commissione in genere riconosce l'obiettività dell'analisi in presenza di una valutazione del danno fatta da esperti indipendenti³¹.

In ogni caso, gli aiuti concessi in base all'articolo 107 paragrafo 2 lettera b) TFUE non sono cumulabili con altre tipologie di aiuto per la stessa tipologia di costo e lo stesso danno che siano già state approvate in capo allo stesso beneficiario, né a pagamenti di natura assicurativa. Si tratta di un limite intrinsecamente connesso alla natura della base giuridica, che richiede di non andare oltre la compensazione del danno effettivamente subito

6. Il calcolo del danno

Torniamo ad alcune considerazioni generali sul danno.

³¹ cfr. Ad esempio "Commission Decision of 14 July 2004 concerning certain aid measures applied by France to assist fish farmers and fishermen" (2005/ 239 / EC) <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:074:0049:0061:EN:PDF>

Per quanto riguarda il calcolo del danno, bisogna ricordare che esiste una molteplicità di approcci sviluppati dagli economisti soprattutto in materia di violazioni antitrust, mentre altrettanto non si può dire nello specifico per la disciplina degli aiuti di Stato. Il riferimento normativo per il risarcimento del danno derivante da violazione delle norme sulla concorrenza, più precisamente le norme antitrust e cioè gli articoli 101 e 102 TFUE, è la così detta “direttiva danni”³² alla quale è possibile riferirsi per analogia anche per quanto riguarda la definizione del danno nell’ambito della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato.

La direttiva danni, all’articolo 3, prevede il ricorso a una analisi controfattuale volta a mettere la persona danneggiata “*nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa*”.

Spesso nell’ambito delle analisi controfattuali la comparazione avviene tra imprese (o settori o aree geografiche) che hanno subito il danno o comunque la cui condizione deve essere valutata e altre imprese (o settori o aree geografiche) analoghe ma che non hanno subito il danno. A questo tipo di approccio non è però possibile fare ricorso *tout court* nel caso della pandemia Covid-19, perché quest’ultima ha colpito a livello mondiale in maniera diffusa e quindi non è facile trovare imprese che si collocano in zone non colpite dalla pandemia, quanto meno in zone nelle quali le condizioni di mercato sono analoghe a quelle prevalenti in Europa, così da fornire un parametro utile per il confronto.

Nel caso del danno da pandemia Covid-19, l’analisi controfattuale si concretizza piuttosto nel confronto tra la situazione dei possibili beneficiari dell’aiuto nel periodo precedente all’esplosione della pandemia stessa e la situazione nella quale si trovano attualmente. Si tratta quindi di ricostruire la situazione dell’impresa in assenza della pandemia.

Il problema principale in questo caso è ovviamente quello di isolare gli effetti propri della pandemia rispetto alla condizione complessiva delle imprese interessate. Il fatto per cui siano state escluse dal regime speciale di intervento, almeno nella prima fase di reazione della Commissione alla crisi pandemica, le imprese già in situazione di crisi testimonia la volontà di tenere separate le discipline di due forme di intervento che rispondono a logiche diverse. Si vuole, infatti, evitare il rischio che sotto la veste di risarcimenti per danni da pandemia venga offerto sostegno a imprese in crisi alterando il meccanismo di

³² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=IT>

mercato, attribuendo alla pandemia quello che può invece essere un peggioramento della situazione di crisi dell'impresa già in atto.

Tra i diversi modi di condurre il controfattuale, c'è anche quello nel quale si confronta la situazione attuale dell'impresa con quella nella quale si potrebbe trovare se fosse in grado di soddisfare la domanda in condizioni normali di mercato, cioè quelle che si prevede saranno prevalenti nel periodo successivo alla crisi. Ma è evidente che una analisi di questo tipo è problematica nella situazione attuale, perché l'incertezza che pervade i mercati oggi non permette di configurare con relativa sicurezza quale sarà lo scenario post pandemico. Inoltre una analisi di questo tipo sarebbe orientata più a permettere alle imprese di restare sul mercato piuttosto che a risarcire un danno subito, che è invece l'obiettivo proprio dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE del quale ci stiamo occupando.

Come in parte già accennato, anche l'orizzonte temporale è rilevante nella valutazione del danno, in quanto gli effetti prodottisi a ridosso dello scoppio della pandemia sono più facilmente imputabili ad essa, mentre col passare del tempo e l'inizio della ripresa districare gli effetti a seconda della loro causa diventa più complicato. La prova del nesso causale è pertanto più complicata, ma anche più importante col procedere della crisi.

L'onere della descrizione del tipo di danno che l'aiuto dovrebbe andare a risarcire e l'individuazione del nesso causale tra il danno e la crisi innescata dalla pandemia è in capo allo Stato che intende erogare l'aiuto. Ne consegue che un intervento il più tempestivo possibile dovrebbe facilitare questo compito da parte dello Stato, rendendo più agevole e rapido al tempo stesso l'intervento della Commissione per dare il via libera ai provvedimenti di sostegno.

7. Gli impegni per gli Stati membri e la perdurante attualità dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b

Addentrando ancora più nello specifico sul tema compensazione del danno subito in seguito alla pandemia in applicazione dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE, bisogna ricordare come la Commissione abbia adottato il già citato *Template* per la notifica, nel quale viene fissata una serie di requisiti per la richiesta di autorizzazione. Si tratta innanzitutto delle informazioni che lo Stato deve comunicare alla Commissione e che sono relative, in particolare, da un lato al danno e ai nessi causali tra il danno stesso e la pandemia, dall'altro all'aiuto.

Il template prevede inoltre che lo Stato erogante sottoscriva una serie di impegni, la violazione dei quali comporterebbe automaticamente l'illegalità dell'aiuto. Questi impegni non hanno soltanto natura procedurale, ma hanno un contenuto sostanziale. Così, ad esempio, oltre a riconoscere che l'erogazione di un aiuto eccedente il danno subito direttamente come conseguenza della pandemia implica il recupero dello stesso, lo Stato si impegna a verificare che l'aiuto concesso sia calcolato al netto di quanto il beneficiario ha potuto ottenere da parte di assicurazioni, arbitrati, riconoscimenti giudiziali vari, o più in generale da "ogni altra fonte" per compensare quello stesso danno subito. Si impegna cioè a vigilare che non vi sia sovra-compensazione.

Inoltre, lo Stato deve affermare nella notifica, quindi implicitamente garantire, che non può essere beneficiaria dell'aiuto un'impresa che è responsabile in tutto o in parte del danno stesso, o se l'impresa che intende godere dell'aiuto non ha svolto la propria attività in maniera diligente o nel rispetto della normativa vigente, o infine se non ha adottato misure idonee per evitare che il danno venisse ad aggravarsi.

Questi requisiti sembrano complicare la concessione degli aiuti in base all'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE e spiegherebbero ulteriormente la riluttanza a utilizzare questo strumento, al quale però, come visto, è stato fatto ricorso con una frequenza non trascurabile.

Se si fa riferimento alle misure approvate dal 2020 ad ottobre 2021³³, si nota infatti come ben 84 misure di aiuto sono state approvate in applicazione dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE³⁴. Si può notare, innanzitutto, come gli Stati richiedenti sono distribuiti in maniera disomogenea, soprattutto in una prima fase quando il ricorso all'articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE avveniva in particolar modo da parte degli Stati del nord Europa. D'altronde si ricorderà che la prima misura approvata dalla Commissione, prima ancora dell'adozione del *Temporary Framework*, relativa ad aiuti ad attività di organizzazione di eventi in Danimarca, lo è stata proprio in forza dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE. Ciò che altera a favore dell'articolo 107, paragrafo 3, TFUE è in realtà l'adozione del *Temporary Framework* con le facilitazioni che esso comporta.

Si può ipotizzare che nella prima fase della pandemia la prospettiva poteva essere quella di una situazione transitoria di breve durata nella quale il risarcimento del danno subito poteva ritenersi sufficiente strumento di sostegno. Con il prosieguo della crisi, è emersa

³³ Cfr. il documento cit. in nota 7.

³⁴ La maggior parte rimanendo in base al *Framework*.

invece la necessità di un intervento che si potrebbe definire strutturale, oltre che veloce, e l'asse si sposta sull'altra tipologia di deroga, facilitata grazie al *Framework*.

E' possibile comunque ritenere che la richiesta di risarcimento del danno da pandemia possa ragionevolmente proseguire anche con la ripresa delle attività economiche e retrospettivamente nel periodo successivo alla fine della crisi, dal momento che il danno riguarda effetti passati. È possibile quindi che notifiche di questo tipo possano proseguire anche dopo la cessazione del periodo in cui rimane in vigore il *Framework*. La questione interpretativa delle misure di aiuto in base all' articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE rimarrà quindi attuale ancora per un certo periodo ed è questa la ragione per dedicare ad essa una attenzione che in qualche modo è stata oscurata dalla predominanza del *Framework*.

8. Applicazioni dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) nel settore del trasporto aereo

Passiamo quindi ora a considerare brevemente qualche esempio applicativo che può mettere in luce alcuni profili di interesse per l'oggetto del nostro lavoro.

Uno dei settori maggiormente colpiti dalla pandemia è stato quello del trasporto in generale e del trasporto aereo in particolare. Se si guarda soltanto ai primi due mesi successivi allo scoppio della pandemia, il traffico aereo giornaliero in media si è ridotto di poco meno del 90 per cento rispetto allo stesso periodo del 2019³⁵. Se si considera un periodo più recente, con la crisi che ha attenuato un po' di intensità, a settembre 2021 rispetto allo stesso periodo del 2019 si è assistito a una riduzione dei voli pari al 30 per cento³⁶. Si tratta in ogni caso di una percentuale ragguardevole.

Non sorprende quindi che sia significativo il numero delle misure che è stato approvato con riferimento a questo settore. Non è un caso che la Commissione stessa, nel già citato *Template* per la notifica, dedichi un'attenzione specifica al settore dei trasporti.

In particolare, la Commissione si sofferma sul rapporto tra danno e costi ammissibili. Così ad esempio lo Stato notificante deve identificare specificatamente i costi aggiuntivi

³⁵ Ahlqvist V., Claici A., Tizik S., 2020, "How to Estimate the Covid-19 Damages? Economic Considerations for State Aid During a Time of Crisis", *European State Aid Law Quarterly*, pg. 158

³⁶ Pantazi T., 2021, "State Aid to Airlines in the Context of Covid 19 Damages, Disturbances, and Equal Treatment", *Journal of European Competition law & Practice*, pp. 1-10. Per un aggiornamento dei dati sugli effetti della pandemia sul volume di traffico aereo cfr. "EUROCONTROL Comprehensive Assessment of COVID-19's Impact on European Air Traffic" [EUROCONTROL Comprehensive Assessment of COVID-19's Impact on European Air Traffic | EUROCONTROL](#) .

sostenuti, i mancati ricavi e anche i costi evitati. Per quanto riguarda la identificazione dei mancati guadagni la Commissione fa esplicito riferimento, seppur in via esemplificativa, alla riduzione del traffico dovuta a provvedimenti restrittivi da parte degli Stati membri, e in generale al calo della domanda dovuta alla pandemia; con riferimento ai costi evitati si parla di risparmi in termini di costi variabili o di spese per il catering.

Un primo esempio del modo in cui è stato applicato l'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE al settore aereo e del modo in cui il danno è stato calcolato si trova in due decisioni della Commissione relative ad aiuti concessi alla compagnia aerea SAS, da parte della Danimarca il 15 aprile 2020³⁷ e da parte della Svezia il 24 aprile 2020³⁸. Nonostante le misure adottate siano uguali, i due Stati hanno invocato norme diverse: la Danimarca l'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE, la Svezia l'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE. L'omogeneità dell'atteggiamento della Commissione implica la coerenza della sua interpretazione in presenza di una situazione di urgenza pur nel ricorso da parte degli Stati a strumenti differenti.

In assenza di una situazione emergenziale come quella della pandemia, l'approvazione dell'aiuto sarebbe stata subordinata a un test di proporzionalità finalizzato a dimostrare la necessità dell'aiuto (insufficienza del meccanismo di mercato a provvedere) e a verificare che le conseguenze distorsive sulla concorrenza fossero più che compensate dagli effetti positivi dell'aiuto stesso. Data l'urgenza determinata dalla crisi e quindi la necessità di una decisione rapida, coniugata all'assenza della possibilità di stabilire con esattezza il danno al momento della notifica dell'aiuto, si è fatto ricorso a un meccanismo di *claw back* volto ad escludere che l'entità dell'aiuto possa costituire una sovracompensazione. Il danno in questo caso verrà specificatamente identificato e quantificato ex post in base alla contabilità dell'impresa beneficiaria alla fine della pandemia. Se in quel momento si dimostrerà che quanto erogato dallo Stato è superiore al danno effettivamente subito, il beneficiario sarà chiamato a restituire l'eccedenza, sia nel caso della Danimarca che in quello della Svezia. È evidente che un meccanismo di questo genere basato sul controllo ex post si giustifica con l'urgenza dell'intervento a sostegno proprio nella primissima fase della pandemia, quando le autorità dovevano confrontarsi per la prima volta con la stessa. Emerge quindi una delle caratteristiche peculiari dell'intervento a contrasto della pandemia, quella della velocità anche a costo di autorizzare aiuti che potrebbero rivelarsi illeciti in un momento successivo.

³⁷ Danish public guarantee up to 137 million to compensate airline SAS for damage caused by coronavirus outbreak (SA 56795).

³⁸ Swedish public guarantee of up to 137 million to compensate airline SAS for damage caused by coronavirus outbreak (SA 57061). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_647

Un caso significativo ulteriore, in cui le valutazioni della Commissione sono state oggetto di vaglio da parte del Tribunale UE, riguarda misure di aiuto concesse dalla Francia ex articolo 107, paragrafo 2, lettera b) ad alcune compagnie aeree³⁹. Si tratta di un caso interessante per diverse ragioni. Innanzitutto, perché le misure hanno per beneficiari gli stessi soggetti, cioè le compagnie aeree che hanno ottenuto una licenza nello Stato erogatore dell'aiuto. Si tratta inoltre in entrambi i casi di decisioni della Commissione che hanno superato il vaglio del Tribunale, che ha così dato una prima conferma della correttezza dell'approccio adottato dalla Commissione nell'ambito della valutazione di aiuti concessi nel contesto della crisi pandemica.

Oltre alle somiglianze con i casi precedenti, vi sono anche alcune differenze. La Francia non ha concesso garanzie su prestiti, ma aiuti sotto forma di differimento nel pagamento di una serie di tributi.

Un punto di rilievo del ricorso al Tribunale contro la decisione della Commissione che aveva approvato l'aiuto è stato quello della eventuale natura discriminatoria delle misure visto che i beneficiari sono circoscritti alle sole compagnie che hanno ricevuto la licenza dalla Francia. Il Tribunale ha sottolineato innanzitutto come la verifica della possibile discriminazione richiede di verificare sia l'obiettivo perseguito dalle misure, sia che le condizioni poste per ottenere l'aiuto non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo suddetto.

Per quanto riguarda il primo punto il Tribunale ha messo in evidenza come l'obiettivo dello schema d'aiuto predisposto dalla Francia è in linea con l'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE in quanto non è diretto a sostenere il settore del trasporto aereo preservandone la struttura, ma è volto a porre rimedio ai danni causati da un evento eccezionale, confermando che la pandemia Covid-19 deve essere considerata come evento eccezionale ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE.

Con riferimento al secondo aspetto, il Tribunale ha affermato che la compensazione del danno garantita dallo schema francese non fa riferimento alla nazionalità delle compagnie aeree beneficiarie, quanto piuttosto riflette il legame che esiste con il luogo dove si è verificato il danno derivante dalle restrizioni al traffico aereo, che deve essere considerato come il luogo principale di svolgimento dell'attività economica dei beneficiari. Il fatto per cui questi ultimi vengano identificati in ragione dell'aver ottenuto una licenza francese porta a concludere che la Francia sia il luogo nel quale viene svolta

³⁹La sentenza del Tribunale è reperibile sul sito della Corte al seguente link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237882&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=612190>.

in linea principale la loro attività, permettendo al tempo stesso alle autorità di controllare meglio il modo in cui l'aiuto viene utilizzato dai beneficiari. Diversa sarebbe la situazione qualora i beneficiari fossero anche soggetti che operano sì sul territorio francese, ma con licenza emessa da un altro Stato. La condizione per la concessione dell'aiuto, cioè la natura fiscale della misura, si concretizza nella possibilità delle autorità francesi di controllare la situazione finanziaria del beneficiario, visti gli obblighi che questi ha nei confronti delle autorità francesi stesse. Il Tribunale conclude in base a queste argomentazioni che lo schema approntato dalla Francia è adatto a raggiungere gli obiettivi che persegue e che abbiamo visto essere in linea con l'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE. Sempre secondo il Tribunale, la limitazione alle sole imprese con licenza francese può essere spiegata in termini di proporzionalità dell'aiuto anche osservando che, data la scarsità di risorse a disposizione del bilancio degli Stati membri, occorre dare priorità alle imprese che sono state colpite in maniera particolarmente severa dalla pandemia le quali, sempre secondo il Tribunale, sono proprio quelle che hanno una licenza francese.

Le conclusioni del Tribunale hanno sollevato alcune perplessità⁴⁰. In particolare, si mette in dubbio l'effettiva idoneità del luogo nel quale viene attribuita la licenza a fornire un criterio valido per la valutazione, dal momento che il riferimento normale sono piuttosto i costi dei beneficiari. Ne segue che il problema del controllo si pone allo stesso modo per i detentori della licenza nazionale come per gli altri operatori. La distinzione tra i due gruppi di imprese, secondo questa critica, non sarebbe giustificabile in ragione degli argomenti avanzati dal Tribunale. Viene inoltre evidenziato come l'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE richiede che per ottenere l'aiuto occorre dimostrare che vi sia stata una perdita derivante dall'evento eccezionale. Ancora una volta, il detenere o meno la licenza è irrilevante al fine di fornire tale prova. Sarebbe stato preferibile, secondo questo tipo di critica, distinguere a seconda del tipo di danno subito con riferimento al reddito che le diverse compagnie traggono dall'operare in Francia e non dall'aver la licenza o meno. Questi rilievi appaiono fondati, ma non tengono forse in giusto conto la situazione di urgenza nella quale si sono trovati sia gli Stati che hanno disegnato gli schemi di aiuto, sia la Commissione che doveva decidere sulla loro approvazione. Una analisi più approfondita sarebbe stata sicuramente più precisa ma più complicata e lunga da svolgere.

⁴⁰ Nicolaidis P., 2021, "Unprecedented State Intervention: a Review of State Aid to Combat Covid-19 on the First Anniversary of the European Commission's 2020 *Temporary Framework*", Luiss School of European Political Economy, Policy Brief 4/2021.

Un terzo esempio è quello relativo alla sentenza del Tribunale del 9 giugno 2021⁴¹ relativa al ricorso presentato da Ryanair contro la decisione della Commissione⁴² che approvava a una misura con la quale la Germania garantiva alla compagnia aerea Condor la compensazione del danno subito a causa del Covid a causa della cancellazione di voli. In questo caso il tema riguardava essenzialmente la corretta determinazione del danno subito dal beneficiario, con una peculiarità. Il danno viene infatti solitamente valutato confrontando i ricavi ottenuti durante la pandemia e quelli relativi a un periodo di riferimento, quest'ultimo precedente allo scoppio della pandemia e nel quale l'attività si è svolta in maniera normale. La peculiarità del caso in questione consiste invece nel fatto che il beneficiario si trovava in una situazione di difficoltà finanziaria prima dello scoppio della pandemia. Ne segue che l'identificazione del danno derivante dalla pandemia deve essere depurato dalla componente di difficoltà economica pregressa e indipendente dalla pandemia.

Condor era infatti di proprietà del gruppo Thomas Cooke che è fallito nel settembre 2019. Subito dopo anche Condor è entrata in una procedura di insolvenza, nell'ambito della quale la Germania ha erogato un prestito finalizzato al salvataggio pari a 380 milioni di euro sostenuto da una garanzia statale. Nell'aprile 2020 la Germania ha notificato alla Commissione un ulteriore aiuto individuale sotto forma di due prestiti garantiti attraverso interessi sussidiati, a titolo di compensazione dei danni sofferti da Condor a causa della pandemia. Questo è l'aiuto approvato dalla Commissione europea e contro tale decisione è stato proposto ricorso da parte della compagnia Ryanair, sostenendo che l'aiuto sarebbe stato distorsivo della concorrenza.

La Commissione nella sua decisione si è trovata a dover identificare il danno subito da Condor distinguendo tra diverse cause delle difficoltà finanziarie della compagnia: innanzitutto i problemi che essa si trovava ad affrontare prima che la pandemia si manifestasse; la crisi del settore aereo in conseguenza della pandemia; le perdite subite da Condor in seguito alle restrizioni introdotte dalle autorità per contrastare la pandemia. Dal momento che nel periodo precedente allo scoppio della pandemia Condor si trovava in una procedura concorsuale, diventava problematico e poco significativo utilizzare quello stesso periodo come periodo di riferimento per effettuare un confronto tra i ricavi *pre* e *post*-pandemia così come individuare la durata temporale appropriata del periodo di riferimento stesso.

⁴¹ Causa T-665/20 Ryanair v. Commissione europea

⁴² Decision SA 56867 7 (2020/N, ex 2020/PN) – Germany Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Condor Flugdienst GmbH

In ogni caso, dato che il danno che può essere compensato in base all'articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE è soltanto quello direttamente conseguente all'evento eccezionale, occorre prendere in considerazione soltanto le conseguenze delle restrizioni derivanti dalla crisi stessa, escludendo danni di qualsiasi altra origine.

La Commissione, tra i danni subiti da Condor a causa della pandemia, ha tenuto conto non solo di quelli derivanti dalla cancellazione e della riprogrammazione dei voli, ma anche di quelli procurati dalla estensione della procedura di insolvenza. Il Tribunale ha quindi dovuto valutare l'eventuale esistenza di una base giuridica per il riconoscimento di tale tipologia di danni, cioè se sia giuridicamente corretto ritenerli come conseguenza diretta della pandemia e non semplicemente della pregressa condizione di crisi dell'impresa.

Un altro aspetto controverso della decisione della Commissione è quello relativo alla quantificazione del danno. A questo proposito la Commissione ha considerato la differenza tra le previsioni di profitto *before-tax* nel periodo che intercorre tra marzo e dicembre 2020, formulate con i dati precedenti e quelli successivi all'annuncio della pandemia. Il calcolo così condotto ha avuto come risultato quello di quantificare il danno in un ammontare pari a 259,7 milioni di euro.

La Commissione ha poi riconosciuto la legittimità di costi aggiuntivi pari a 17 milioni di euro quale quantificazione degli effetti della citata estensione della procedura di insolvenza nel periodo della pandemia. Questi danni sono da collegarsi al fatto che nell'ambito del piano di ristrutturazione elaborato nell'ambito della procedura di insolvenza era prevista la cessione della Condor a un nuovo investitore. Alla fine di marzo 2020, quindi a pandemia scoppiata, l'investitore ha annunciato di ritirare la proposta. La mancata vendita ha comportato evidentemente un danno a Condor che ha aggravato la sua situazione finanziaria, e questo è un dato di fatto; occorre però stabilire se esso sia da considerarsi un danno diretto della pandemia oppure un danno da altra causa e in questo secondo caso non rientrerebbe nell'ambito della deroga di cui all'articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE.

Nella decisione della Commissione si rileva come la pandemia abbia imposto una estensione della procedura di insolvenza che ne ha alterato il programma iniziale, imponendo costi aggiuntivi a Condor e anche questa situazione deve conseguentemente imputarsi alla pandemia ed essere considerata come effetto diretto di quella.

Il Tribunale ha però eccepito che il presupposto per l'ammissibilità dei danni da pandemia nella decisione è stato individuato nella cancellazione o riprogrammazione dei

voli. La Commissione si è limitata a dichiarare legittimo l'inserimento dei costi derivanti dalla estensione della procedura di insolvenza, senza però chiarire il nesso tra questi e le restrizioni del traffico aereo. Non viene dimostrato che la mancata vendita di Condor sia da attribuire a tali restrizioni e non è sufficiente a tal fine mettere in evidenza che i costi aggiuntivi dei quali si discute non fossero prevedibili prima dello scoppio della pandemia. In altri termini, non è sufficiente un ragionamento del tipo *post hoc propter*.

Il Tribunale sottolinea infine come la Commissione non abbia neanche spiegato il modo nel quale ha determinati quei costi, né se essi dovessero essere tutti o solo in parte considerati conseguenza diretta della pandemia.

La grande maggioranza dei rilievi che hanno spinto il Tribunale ad annullare la decisione della Commissione è quindi relativa alla insufficienza dell'analisi della Commissione stessa volta a provare le sue conclusioni, non toccandone però di fatto l'impianto generale. Ne deriva che il punto centrale sottolineato dal Tribunale è che l'ammissibilità alla deroga del divieto generale di aiuti di Stato impone la definizione chiara e puntuale del nesso che lega gli effetti dannosi all'evento e una precisa quantificazione di questi ultimi.

A differenza di quanto abbiamo visto in precedenza, il Tribunale sembra qui essere più rigido nel controllo della decisione della Commissione, non soltanto per averla annullata, ma anche per i requisiti in termini di onere della prova che impone alla Commissione. Questa sentenza è stata interpretata come un freno a un'applicazione eccessivamente lassista adottata dalla Commissione⁴³. Va detto però che nel caso di specie, a differenza di quanto abbiamo visto in altre circostanze che presentavano pure delle analogie con questa, si sovrappongono questioni di tipo sostanzialmente diverso che richiedono particolare attenzione. La richiesta di deroga per eventi eccezionali si inserisce qui nell'ambito di un contesto nel quale è già in atto una procedura di insolvenza. Ora, la disciplina degli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione, come già accennato, costituisce un sottoinsieme particolare con regole più stringenti rispetto alla disciplina generale sugli aiuti. Già all'origine di quest'ultima la preoccupazione principale del legislatore europeo era quella di evitare che gli Stati tramite un sistema di sussidi tenesse in vita imprese

⁴³ Lodigiani G., "Il Tribunale dell'UE annulla una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza da Covid-19; verso un irrigidimento dell'applicazione del Quadro temporaneo? (causa T 665/20)", pubblicata il 25.6.2021 <http://rivista.eurojus.it/il-tribunale-dellue-annulla-una-decisione-della-commissione-in-materia-di-aiuti-di-stato-a-sostegno-delleconomia-nellattuale-emergenza-da-covid-19-verso-un-irrigidimento-de/>; sull'idea per cui la maggior flessibilità nella valutazione degli aiuti giustificati dalla pandemia possa alimentare un processo di *nazionalismo economico*, proprio facendo riferimento alla sentenza in questione cfr. Federico R., 2021, "Turbulences ahead: nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?", *Eurojus*, fascicolo n.2, pp. 166-186.

inefficienti incapaci di affrontare le sfide della concorrenza, ingenerando così un duplice effetto negativo: da un lato uno spreco di soldi della collettività e dall'altro alterando il meccanismo di mercato nella sua funzione di efficiente allocatore delle risorse scarse disponibili in un determinato sistema economico ed innalzando di nuovo surrettiziamente quelle barriere che venivano progressivamente abbattute per la creazione del mercato unico. Gli aiuti al salvataggio e ristrutturazione delle imprese hanno quindi un potenziale distorsivo molto più elevato rispetto ad altre tipologie di aiuto, giustificando il trattamento più severo. Anche la base giuridica per la concessione di aiuti del genere è diversa, essendo la norma di cui all'articolo 107, paragrafo 3, lettera c) TFUE e non quella di cui all'articolo 107, paragrafo 2 lettera b) TFUE.

Occorre, di conseguenza, essere molto cauti nella valutazione di un aiuto quando il beneficiario si trova in una situazione di insolvenza ed è già oggetto di una procedura *ad hoc* per la quale riceve un sostegno pubblico, ciò per evitare che aiuti al salvataggio che rischierebbero una valutazione negativa si nascondano dietro la veste di aiuti di altra natura per i quali la valutazione è meno severa. Il Tribunale probabilmente ha voluto richiamare la Commissione in questo senso.

L'attenzione alla peculiarità della situazione che si è creata nell'ambito della pandemia emerge però sotto un altro profilo in questo caso. Il Tribunale ha infatti sospeso per due mesi l'esecuzione della sua sentenza. Questa soluzione si giustifica in base a due ragioni. La prima è collegata alle stesse motivazioni della sentenza. Il Tribunale sottolinea infatti come l'annullamento si fonda sull'insufficienza del percorso argomentativo compiuto dalla Commissione, lasciando intendere che il contenuto della decisione possa invece facilmente essere condiviso. Si vuole dare tempo alla Commissione di motivare meglio per superare il vaglio del Tribunale.

Questo dubbio si riflette anche nella seconda ragione della sospensione degli effetti della sentenza, che è strettamente ed esplicitamente legata alla situazione emergenziale nel cui ambito la Germania ha concesso gli aiuti. Il Tribunale ha infatti affermato che la sospensione dell'esecutività della sua sentenza tiene conto di esigenze di certezza giuridica, nella situazione di difficoltà socio-economica causata dalla pandemia. Se entro i due mesi dalla sentenza la Commissione decidesse di adottare una nuova decisione in base all'articolo 108, paragrafo 3 TFUE e, nel caso in cui la Commissione con la sua nuova decisione concludesse per la incompatibilità dell'aiuto, verrebbe a decorrere un ulteriore congruo periodo di tempo per permettere alla Commissione di intraprendere la procedura di cui all'articolo 108, paragrafo 2 TFUE, cioè quella di recupero.

Il Tribunale in questo caso, pertanto, decide di tener conto della particolare situazione determinata dalla pandemia permettendo a uno Stato che potenzialmente ha concesso aiuti illegali di avere maggior tempo per adempiere all'ordine di recupero.

9. Conclusioni.

In questa nota si sono messi in evidenza alcuni aspetti relativi all'intervento delle autorità europee per porre rimedio ai danni provocati dalla pandemia Covid-19 nell'ambito della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato. In particolare, si è voluto sottolineare come la Commissione abbia risposto prontamente alla crisi, forse anche grazie a esperienze maturate in precedenza e in particolar modo all'epoca della crisi finanziaria degli anni 2008-2009. Gli articoli 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE e 107, paragrafo 3, lettera b) TFUE, soprattutto, si sono rivelati una base giuridica particolarmente versatile per fondare una pronta reazione alla crisi. Il secondo articolo, che fa riferimento al "*grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*" è stato utilizzato come base per un *Temporary Framework* di pronto intervento, che contribuisse a restringere l'ambito di discrezionalità nell'applicazione della disposizione del Trattato da parte della Commissione. Mentre la deroga prevista dall'articolo 107 paragrafo 2 lettera b) TFUE fa riferimento a degli aiuti di Stato che "*sono compatibili*" con il trattato, il paragrafo seguente fa riferimento invece ad aiuti che "*possono considerarsi compatibili*" e quindi per queste tipologie occorre una valutazione discrezionale che può allungare i tempi e rendere meno efficace un intervento che invece deve essere tempestivo vista la situazione emergenziale che lo caratterizza. È comprensibile quindi che il *Temporary framework* sia stato lo strumento maggiormente utilizzato.

L'articolo 107, paragrafo 2, lettera b) TFUE ha svolto un po' il ruolo di Cenerentola in questo contesto, almeno nella narrazione corrente, ma, se si esclude la preminenza del ricorso al *Temporary framework*, è stato lo strumento più utilizzato per autorizzare gli aiuti durante l'emergenza. In questa nota si è voluto mettere in rilievo, con riferimento a quest'ultimo, che l'azione europea di contrasto degli effetti della pandemia non si è limitata al ruolo della Commissione ma si è già avvalsa anche del sostegno del Tribunale, che ha interpretato le decisioni della Commissione stessa alla luce del contesto nel quale gli aiuti sono stati concessi. Vedremo se questa linea verrà mantenuta anche dalla Corte di Giustizia quando dovrà decidere sui ricorsi per casi di aiuti concessi nel contesto pandemico.