

DIRITTO E SOCIETÀ  
3/2022

*Roberto Baratta*

AIUTI DI STATO E FRAGILITÀ AMBIENTALI:  
I NUOVI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE

*[Estratto]*

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI 2022

ISSN 0391-7428



AIUTI DI STATO E FRAGILITÀ AMBIENTALI:  
I NUOVI ORIENTAMENTI  
DELLA COMMISSIONE\*

SOMMARIO: 1. Gli aiuti a favore di ambiente, energia e clima. – 2. I profili generali della Comunicazione del 2022. – 3. La base giuridica degli aiuti *utili*: l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE. – 4. I principi generali di compatibilità della misura di aiuto: il rispetto dell'*acquis* e la trasparenza. – 5. L'ulteriore *onus probandi* imposto allo Stato notificante: *a*) l'effetto incentivante sulle imprese quale requisito di liceità dell'autorizzazione; *b*) la non alterazione del mercato in misura eccessiva rispetto al "comune" interesse; *c*) il *balancing test*: la maggiore valenza degli effetti positivi su quelli negativi. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Gli aiuti a favore di ambiente, energia e clima*

A causa della mole degli investimenti necessari per fronteggiare le fragilità ambientali, energetiche e climatiche, anche a seguito del conflitto russo-ucraino, esperti e istituzioni sostengono che l'imprenditoria possa e debba contribuire alla decarbonizzazione del continente europeo e al più efficiente utilizzo delle sue (scarse) risorse energetiche. Occorrono inoltre ingenti finanziamenti sulle energie rinnovabili, sulle capacità di stoccaggio delle stesse, sull'efficientamento energetico dei processi produttivi e degli edifici, su reti, infrastrutture e così via. Si tratta di investimenti ben più cospicui di quelli occorsi nella seconda decade di questo secolo<sup>1</sup>.

Vero è che gli obiettivi europei sarebbero teoricamente perseguibili tramite l'adozione di norme imperativamente rivolte al mondo pro-

\* I punti salienti dello scritto sono stati presentati nel Convegno annuale AIDAmbiente, *Politiche ambientali ed emergenza bellica in Europa*, svoltosi nell'Università di Catania il 18 novembre 2022.

<sup>1</sup> Cfr. ad esempio il quotidiano Sole 24 ore, *Infrastrutture decisive per la svolta energetica*, 30 settembre 2022, 6.

duttivo. Si potrebbero così imporre, con procedura legislativa, divieti ambientali e standard molto elevati, il miglioramento delle prestazioni energetiche degli immobili, l'acquisto e l'ammodernamento di veicoli puliti nei settori dei trasporti stradali, aerei e marittimi, l'uso efficiente delle risorse, la transizione verso un'economia circolare, la chiusura di centrali elettriche che utilizzano materiale fossile, la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, tasse sulle emissioni inquinanti e così via<sup>2</sup>. Si potrebbe, allo stesso tempo, impedire ogni forma di intervento pubblico a favore alle imprese, incentivando al più il ricorso a *condizionalità* ambientali nell'esecuzione degli appalti pubblici o prescrivendo punteggi aggiuntivi *verdi* in sede di aggiudicazione della fornitura di beni e servizi. È evidente però che una politica legislativa, concepita in una logica impositiva, avrebbe effetti difficilmente sostenibili per l'economia, oltre a determinare, verosimilmente, riflessi negativi sull'occupazione, almeno a breve termine<sup>3</sup>. In chiave giuridica, d'altronde, una simile impostazione striderebbe con il diritto primario e i valori normativi dell'Unione, i quali richiedono di bilanciare la preservazione di un elevato grado di tutela dell'ambiente con la *sostenibilità dello sviluppo economico*, in un quadro di economia sociale di mercato tendente alla piena occupazione e al progresso della *societas* europea (artt. 2 e 3, par. 3, TUE). Una politica legislativa che non conciliasse tali interessi e avesse riflessi negativi sul duplice piano aziendale e occupazionale sarebbe poco giustificabile in punto di stretto diritto.

Pertanto, a fianco di stringenti norme *comuni* (e, se del caso, nazionali ancor più restrittive *ex art.* 193 TFUE) in materia ambientale, energetica e di contrasto ai cambiamenti climatici, sono auspicabili strumenti di politica industriale degli Stati membri a favore delle imprese, purché, s'intende, gli interventi statali siano *resi* coerenti con la disciplina sugli aiuti di stato<sup>4</sup>. In questa prospettiva la politica della concorrenza relativa agli aiuti si allinea agli indirizzi generali perseguiti in materia ambientale

<sup>2</sup> OECD (2015), *Towards Green Growth? Tracking Progress*, OECD Green Growth Studies Paris, 34 ss. <https://doi.org/10.1787/9789264234437-en>; I. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna 2002, 37 ss.

<sup>3</sup> Per una analisi economica degli incentivi volti a indurre gli individui a modificare le rispettive scelte ambientali cfr. R. PERMAN, Y. MA, M. COMMON, D. MADDISON, J. MCGILVRAY, *Natural Resources and Environmental Economics*, 4<sup>th</sup> ed., Harlow 2011, 195 ss.

<sup>4</sup> La bibliografia in materia degli aiuti di stato destinati a favore dell'ambiente è vasta: si veda di recente, anche per ulteriori riferimenti, O. PEIFFERT, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Paris 2015, *passim*; OECD (2015), *Towards Green Growth? Tracking Progress*, OECD Green Growth Studies, cit.,

a norma del principio di integrazione, recepito anche nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali<sup>5</sup>.

In armonia con il *Next Generation EU* che ha predisposto consistenti finanziamenti pubblici per la transizione verde<sup>6</sup>, una recente Comunicazione della Commissione ha riconosciuto che gli aiuti di stato – *recte* di origine statale ovvero riconducibili a pubblici poteri<sup>7</sup> – possono costituire veicoli idonei ai fini del *Green Deal*<sup>8</sup>, a favore dell'ambiente e del perseguimento della neutralità climatica da raggiungere entro il 2050, e degli

36 ss.; S. MARINO, *La tutela ambientale nella politica dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, 43 ss.

<sup>5</sup> Art. 11 TUE. In argomento v. *inter alia* F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna 2012, 81 ss.

<sup>6</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione* COM (2020) 456 final del 27 maggio 2020.

<sup>7</sup> Non sono ovviamente qualificabili come aiuti i finanziamenti dell'Unione non direttamente, né indirettamente controllati dagli Stati membri, difettando per l'appunto il requisito dell'origine statale delle risorse. Si pensi alla Banca europea degli investimenti che ha da tempo attivato una linea di finanziamenti per la tutela dell'ambiente, o anche alle risorse provenienti dai fondi strutturali o dal Fondo europeo per gli investimenti, purché concesse senza che le autorità nazionali esercitino poteri discrezionali. Si pensi ancora, in particolare, al programma Horizon 2020, al programma per la competitività delle imprese e le piccole e medie imprese (COSME) o ai fondi TEN-T (sui quali cfr. L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London 2016, 69). Nella logica della Commissione, se la misura è finanziata solo in parte da fondi strutturali, cosa che in sé qualifica la misura stessa come appartenente alle "state resources once they come under the control of a Member State" essendo soggetta a integrazioni statali, "[h]ence, state resources are involved" (State Aid N 157/2006 – United Kingdom South Yorkshire Digital Region Broadband Project, in [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/204313/204313\\_655838\\_46\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/204313/204313_655838_46_2.pdf)). Ciò spiega altresì l'acquiescenza prestata dagli Stati membri che hanno avuto accesso ai finanziamenti legati al PNRR: in questo caso, le corrispondenti misure nazionali a favore delle imprese devono essere notificate alla Commissione per la previa autorizzazione (a norma dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE), tramite procedure preferenziali al fine di facilitare la realizzazione dei Piani nazionali. La Commissione ha stabilito peraltro che la misura stessa non è soggetta a obbligo di previa notifica qualora l'intervento statale rientri nelle esenzioni per categoria. Questa prassi ha finito per assicurare alla Commissione che la normativa sugli aiuti di Stato sia integralmente osservata, che sia mantenuto il *level playing field* nel mercato unico, che le distorsioni alla concorrenza si riducano ridotte al minimo e, infine, che i Piani stessi di ripresa non producano l'effetto negativo di affievolire la propensione agli investimenti privati. Sulla nozione di aiuto v. tra gli altri e per ulteriori riferimenti C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107*, in *Trattati dell'Unione europea* (a cura di Tizzano), 2ª ed., Milano 2014, 1145 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, 4ª ed., Milano 2019, 360 ss.; G. STROZZI, G. VITALE, *Gli aiuti di Stato*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale* (a cura di G. Strozzi e R. Mastroianni), Torino 2021, 406 ss.

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*,

altri obiettivi in tema di energia e trasporti da realizzarsi entro il 2030<sup>9</sup>. L'aver incluso nell'*emprise* della Comunicazione anche profili attinenti all'energia mostra come la politica dell'Unione al riguardo sia strettamente legata alla preservazione dell'ambiente, come prospetta l'art. 194, par. 1, TFUE<sup>10</sup>.

## 2. I profili generali della Comunicazione del 2022

Al di là dell'obbligo di rispettare l'*acquis* – che resta fermo in capo ai destinatari (Stati membri, persone fisiche e giuridiche), non potendo, com'è ovvio che sia e si vedrà *infra*, la disciplina sugli aiuti di stato derogarvi – la Commissione riconosce dunque che nei nuovi scenari politico-economici mondiali sono indispensabili misure nazionali volte a ricostruire un ambiente sano. Si assume quindi che, in assenza di aiuti, una certa condotta virtuosa degli operatori economici non si svilupperebbe affatto ovvero procederebbe a un ritmo insufficiente per perseguire gli obiettivi del *Green Deal*. Più specificamente, si ammette che tali misure – ove autorizzate, perché rispondenti alle condizioni fissate nella Comunicazione – possono contribuire a “una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”<sup>11</sup>.

Naturalmente, la Comunicazione si colloca nell'alveo dell'art. 108, par. 3, TFUE, e postula l'osservanza dell'obbligo di previa notifica di un certo progetto di aiuto destinato all'imprenditoria e, di conseguen-

COM(2019) 640 final, e l'allegato che reca la tabella di marcia contenete le azioni e le scadenze per realizzarle.

<sup>9</sup> Cfr. la Comunicazione sul *Green Deal europeo*, cit., 9 e 18 (ove la Commissione preannunciava la revisione dei suoi orientamenti in materia di aiuti di stato) e quella della stessa Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022* (2022/C 80/01), GUUE 18.2.2022 C 80, 1 ss. Tale Comunicazione ha sostituito la Comunicazione 2014-2020 (pubblicata in GUUE 28.6.2014 C 200, 1 ss). Su *Green Deal* e i sostegni alla ripresa economica v. anche per ulteriori riferimenti bibliografici E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, p. 415 ss.; F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, 185 ss.

<sup>10</sup> Sulla competenza dell'Unione in materia v., tra gli altri, M. FEHLING, *Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement*, in *Transnational Environmental Law*, 2021, 339-363.

<sup>11</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., 9.

za, delle regole di procedura per il controllo degli aiuti<sup>12</sup>. Il ricorso alle pre-notifiche e agli scambi informali di informazioni con la Commissione sarà prezioso. Come è d'uso nella sua prassi applicativa e come si vedrà meglio *infra*, la Commissione pone l'*onus probandi* in capo alle autorità statali, le quali devono dimostrare che, in assenza di aiuti, le imprese non sarebbero interessate a conformarsi a condotte virtuose a causa dei costi di investimento e/o di produzione che le medesime condotte impongono. Si verte così in un contesto di *fallimento del mercato* – concetto di non facile definizione, se non in chiave negativa (incapacità delle aziende di adottare comportamenti virtuosi in assenza di aiuti).

L'ammissione che certe misure statali (regimi di aiuto o misure individuali) possano rivelarsi aiuti, come si suole dire, *buoni* per l'ambiente non è una novità<sup>13</sup>. Più che di aiuti "buoni" o "cattivi" – traduzione lette-

<sup>12</sup> L'art. 108, par. 3, TFUE attribuisce alla Commissione la competenza a stabilire la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno – indipendentemente dal fatto che si tratti di aiuti esistenti ovvero di aiuti da istituire o modificare – entro il termine di due mesi dal momento in cui la Commissione ha ricevuto, unicamente per via elettronica, la notifica completa da parte dell'amministrazione nazionale. La Commissione è tenuta ad adottare una decisione, eventualmente dopo l'apertura di procedura di indagine formale (art. 4 reg. 2015/1589), sebbene il decorso del termine lasci spazio al silenzio/assenso in sede di applicazione dell'ultimo paragrafo dell'art. 4. Nella prassi applicativa la Commissione sollecita, in caso di dubbio, le autorità nazionali a comunicare – anche tramite *pre-notifica* o notifica a titolo cautelare e di certezza giuridica – la misura anche allo stadio progettuale, ancorché esse ritengano superflua la comunicazione perché, ad esempio, reputino che la misura non ricada nella nozione di aiuto. L'obbligo di notifica preventiva alla Commissione, previsto genericamente in capo allo Stato dal diritto primario, è utilmente devoluto dalla Legge n. 234/2012 alle singole amministrazioni centrali e territoriali, le quali "predispongono la notifica ... e la trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche europee attraverso il sistema di notificazione elettronica. Il Dipartimento per le politiche europee effettua un esame della completezza della documentazione contenuta nella notifica .... Il successivo inoltro alla Commissione europea è effettuato conformemente alla normativa europea" (art. 45, par. 1, Legge n. 234/2012). Come si vede, è l'amministrazione interessata a predisporre la documentazione da notificare attraverso il sistema elettronico. È evidente l'obiettivo del legislatore che consiste nel concentrare la responsabilità della notifica in capo all'amministrazione che intende erogare l'aiuto.

<sup>13</sup> Sul concetto di aiuti buoni o cattivi v., in una prospettiva largamente politico-economica, M. BLAUBERGER, *Of Good and Bad Subsidies: European State Aid Control through Soft Law and Hard Law*, in *Western European Politics*, 2009 (32.4), 719 ss. Il concetto di aiuti buoni è stato applicato dalla Commissione nel 2012 (cfr. la Comunicazione sulla "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'Unione europea", COM(2012) 209 final, par. 12, per definire gli "aiuti che sono ben concepiti, che mirano a carenze del mercato ben individuate e a obiettivi di interesse comune e che hanno i minori effetti distorsivi possibili".

rale dall'inglese *good* e *bad* – sarebbe preferibile parlare di aiuti *utili* alla realizzazione di fini politicamente predeterminati (nella specie, a favore di ambiente, energia e clima) e dunque *eticamente utili* all'interesse generale, mutuando la terminologia crociana dell'azione pubblica<sup>14</sup>. Il favore della Commissione per gli aiuti ambientali, già rilevabile nella sua precedente prassi, è destinato a continuare in futuro<sup>15</sup>.

Un simile *favor* è già presente nel quadro normativo degli aiuti oggetto di esenzione per categoria. Invero, il relativo regolamento generale (GBER, nell'acronimo inglese, ossia *General Block Exemption Regulation*) n. 651/2014 della Commissione (adottato in base all'art. 108, par. 4, TFUE), include tra le varie forme di esenzione – dall'obbligo di notifica preventiva previsto dall'art. 108, par. 3, TFUE – gli aiuti a tutela dell'ambiente (artt. 36 a 49)<sup>16</sup>. Già tale disciplina, pur soggetta a condizioni puntuali e restrittive, in particolare con riguardo alle soglie di ammissibilità, mostra che l'Unione è in grado di *indirizzare* e *condizionare* le politiche industriali degli Stati membri in chiave di tutela dell'ambiente e del clima.

A questo consolidato schema normativo, la Commissione ha dunque affiancato la nuova Comunicazione, la quale, pur perseguendo obiettivi speculari, si profila in termini di maggiore flessibilità nell'apprezzamento delle misure nazionali di aiuto volte a concorrere al conseguimento degli obiettivi comuni ai ventisette Stati membri – obiettivi individuati con dozzina di particolari nella Comunicazione stessa.

Tredici sono le categorie *eleggibili* di aiuto, incluse le forme che la misura può assumere (ossia sovvenzioni dirette o sotto forma di sgravi da tasse o prelievi fiscali<sup>17</sup>), le quali mirano a orientare imprese e consumatori verso scelte virtuose. Gli aiuti contemplati riguardano in modo trasversale la tutela dell'ambiente, la neutralità climatica dei settori produttivi e l'efficientamento energetico delle imprese, inclusa l'industria maritti-

<sup>14</sup> Si allude in particolare alle concezioni originarie di Benedetto Croce: cfr. G. SARTORI, *Stato e politica nel pensiero di Benedetto Croce*, Napoli 1966, 15 ss.

<sup>15</sup> In passato il 98% delle misure statali notificate è stato oggetto di approvazione: cfr. in tal senso il dato statistico menzionato da O. PORCHIA, *Aiuti di stato in materia ambientale e competenze regionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 865.

<sup>16</sup> 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, in GUUE L 187, 26.6.2014, 1 ss.

<sup>17</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 292 ss.

ma, aerea e ferroviaria<sup>18</sup>. Tra essi meritano di essere segnalati gli aiuti destinati alla *nature restoration* dei siti contaminati (riparazione di danni ambientali, il ripristino degli habitat naturali, degli ecosistemi e della biodiversità), rispetto ai quali l'intensità dell'auto può raggiungere – è bene sottolinearlo – il 100% dei costi ammissibili<sup>19</sup>. Si tratta, a ben vedere, di una linea politica della Commissione che è parte di una più radicale e innovativa strategia<sup>20</sup>, già prevista dal regolamento GBER<sup>21</sup>, oggetto di una recentissima e originale proposta di regolamento<sup>22</sup>.

Per contro, tra le tipologie di aiuti eleggibili non rientrano quelli a favore di ricerca e innovazione, per i quali esistono atti *ad hoc* della Commissione, né quelli riguardanti la produzione di energia nucleare<sup>23</sup>. È dubbio se quest'ultima esclusione denoti un orientamento negativo della Commissione ovvero se, date la complessità della questione e le profonde differenze tra gli Stati membri, si sia voluto aggirare un tema così spinoso e divisivo, come mostra il recente caso *Hinkley Point C* deciso dalla *Grande Chambre* della Corte di giustizia<sup>24</sup>. L'autonomia nazionale al riguardo

<sup>18</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 77 a 454.

<sup>19</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 291. Sul tema tra gli altri cfr. M. BENNOZZO, *La tutela degli ecosistemi e della biodiversità nel codice ambientale: gli strumenti ripristinatori e risarcitori del pregiudizio ecologico*, Roma 2008; A. AKHTAR-KHAVARI, S. CLIQUET, A. TELESETSKY (eds.), *Ecological restoration in international environmental law*, London 2015; S. BOCCHINI, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, Napoli 2018; A. CLIQUET, et al., *Upscaling ecological restoration: toward a new legal principle and protocol on ecological restoration in international law*, in *Restoration Ecology* 2021, 13560 ss.

<sup>20</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 16.

<sup>21</sup> Ai sensi dell'art. 49 di tale regolamento, gli aiuti a favore delle imprese che rimediano ai danni ambientali mediante il risanamento dei siti contaminati sono compatibili *ex art.* 107, par. 3, TFUE, purché soddisfino talune condizioni: i) l'investimento deve riparare totalmente il danno ambientale (suolo, falde ecc.); ii) non deve essere reperibile la persona responsabile del danno; iii) i costi ammissibili non devono essere superiori ai costi di risanamento cui però va sottratto l'aumento di valore del terreno; iv) la valutazione dell'incremento di valore del terreno (che è presunto) è effettuata da esperto indipendente; v) infine, l'intensità dell'aiuto non può superare il 100% dei costi ammissibili.

<sup>22</sup> Si allude alla proposta di un regolamento del Parlamento e del Consiglio *on nature restoration*, COM(2022) 304 final del 22 giugno 2020, fondata sull'art. 192, par. 1, TFUE.

<sup>23</sup> Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 13, lett. d).

<sup>24</sup> Sentenza 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*. Il caso riguardava l'impugnazione da parte del Governo austriaco della decisione della Commissione che aveva dichiarato compatibile l'aiuto statale in favore della centrale nucleare di

è assicurata dai Trattati, posto che ogni Stato membro può invocare il diritto di determinare la propria politica energetica – la quale non deve essere necessariamente volta a favorire fonti rinnovabili (art. 194, par. 2, comma 2 TFUE)<sup>25</sup> – e da varie disposizioni del Trattato Euratom, tuttora in vigore<sup>26</sup>. L'esclusione degli aiuti alla produzione di energia nucleare dalla sfera di applicazione *ratione materiae* della Comunicazione non trova la sua ragion d'essere nell'impossibilità di giustificarli. In effetti, da un lato, l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE è la base giuridica di riferimento indicata dalla Commissione nella Comunicazione in esame<sup>27</sup>; dall'altro, la stessa disposizione è stata utilizzata per giustificare in *Hinkley Point C* uno schema di aiuto alla produzione di energia nucleare<sup>28</sup>. Resta sullo sfondo la non semplice questione di conciliare con gli obiettivi di tutela ambientale la gestione dei rifiuti prodotti dalle centrali nucleari nel contesto dell'effetto di incentivazione di condotte ambientali virtuose, requisito indispensabile per autorizzare l'aiuto (punto su quale si tornerà *infra*). Insomma, la delicatezza e la complessità giuridica, inerenti agli aiuti all'energia nucleare, sono verosimilmente all'origine di una simile

*Hinkley Point C* (Regno Unito). La Corte ha respinto il ricorso dell'Austria (sostenuta dal Lussemburgo) fondato in gran parte sul motivo per cui gli aiuti di Stato a favore dell'energia nucleare sono incompatibili con l'interesse generale dell'Unione. Secondo la sentenza, né l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, né il Trattato Euratom subordinano la concessione di aiuti di Stato al soddisfacimento di interessi esclusivamente generali o sovranazionali. In realtà, almeno sotto il profilo dell'effetto incentivante il rilievo delle finalità politiche complessive dell'Unione in materia *lato sensu* ambientale assume rilievo (v. *infra*, par. 5).

<sup>25</sup> Cfr. al riguardo M. FEHLING, *Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement*, cit., 339, che peraltro sostiene una interpretazione restrittiva di tale clausola.

<sup>26</sup> Si consideri tra l'altro che il Trattato Euratom intende creare le premesse per lo sviluppo dell'industria nucleare “fonte di vaste disponibilità di energia” (preambolo) e per “il rapido incremento delle industrie nucleari [...]” (art. 1); nel contempo, gli Stati membri devono “agevolare gli investimenti ed assicurare, particolarmente incoraggiando le iniziative delle imprese, la realizzazione degli impianti fondamentali necessari allo sviluppo dell'energia nucleare nella Comunità” (art. 2, lett. c). Si tenga poi presente che il Trattato Euratom conserva una sua autonomia applicativa rispetto ai Trattati sull'Unione, i quali dunque devono essere applicati congiuntamente: Tribunale, 12 luglio 2018, T-365/15, *Austria c. Commissione*, punti 73-78.

<sup>27</sup> V. il successivo paragrafo 3.

<sup>28</sup> Tale schema era fondato, in sintesi, su due strumenti: da un lato, sull'integrazione (assicurata per 35 anni) degli introiti qualora il prezzo all'ingrosso di vendita dell'energia fosse inferiore a un prezzo di riferimento; dall'altro, su una garanzia di credito statale sul debito emesso dal beneficiario (v. la Decisione (UE) 2015/658 della Commissione dell'8 ottobre 2014, in GUUE L 109 del 28 aprile 2015, 44 ss., in part. 77 ss.; in dottrina E. SZYSZCZAK, *State aid for energy infrastructure and nuclear power project*, in *Era Forum*, 2015 (16), 25 ss.).

esclusione. È certo comunque che eventuali aiuti di stato all'energia nucleare non fruiranno del regime di *favor* previsto dalla Comunicazione in oggetto.

Piuttosto, la confluenza di più strumenti sugli aiuti a finalità *lato sensu* ambientale pone una questione di coordinamento normativo, dovendosi distinguere la sfera di applicazione delle misure esentate dall'obbligo di notifica da quelle autorizzabili ai sensi della Comunicazione, le quali non coincidono. In effetti, a titolo esemplificativo, mentre il regolamento GBER in tema di economia circolare concerne essenzialmente gli aiuti agli investimenti per il riciclo e il riutilizzo dei rifiuti<sup>29</sup>, la Comunicazione si applica, in modo più esteso, sia all'uso maggiormente efficiente delle risorse, sia alla transizione verso un'economia circolare in linea con il *Circular Economy Action Plan*<sup>30</sup>.

Qualora un certo progetto di aiuto ricadesse *ratione materiae* nell'uno e nell'altra, la scelta di avvalersi di un certo strumento dipenderà, in definitiva, dalla previsione delle autorità nazionali circa il puntuale rispetto delle norme regolamentari. Quando un aiuto in materia ambientale non rispetti le condizioni previste dal regolamento GBER, ovvero non ve ne sia certezza (ad esempio, perché la sovvenzione non è calcolabile con precisione) oppure qualora le autorità statali intendano distaccarsene, ciò non significa che la misura non possa essere autorizzata dalla Commissione. In tali situazioni, le autorità statali sono tenute, permanendone l'obbligo, a notificare *ex art.* 108, par. 3 TFUE, il regime o la misura *ad hoc*, ricadendo la fattispecie nell'*emprise* della Comunicazione. Va da sé che, in caso di risposta negativa, la decisione può essere contestata dinanzi ai giudici dell'Unione attraverso il rimedio diretto del ricorso di invalidità dinanzi al Tribunale dell'Unione; al contrario, la decisione positiva può essere contestata almeno dai terzi concorrenti del beneficiario.

Conviene altresì brevemente ricordare, sempre in via preliminare, che le comunicazioni sono e restano atti di *soft law*. Con simili atti di natura non vincolante e sovente utilizzati nel diritto della concorrenza applicabile a imprese e Stati, la Commissione non rinuncia all'esercizio

<sup>29</sup> Regolamento n. 651/2014, art. 47.

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 217 ss. Sull'economia circolare v. per tutti il volume collettaneo *Studi in tema di economia circolare* (a cura di F. de Leonardis), Macerata 2019, *passim*; C. BACKES, *The Waste Framework Directive and the Circular Economy*, in *Research Handbook on EU Environmental Law* (a cura di M. Peeters & M. Eliantonio), Cheltenham, Northampton 2020, 328 ss.

del potere discrezionale che le conferisce l'art. 107 TFUE<sup>31</sup>: per un verso, la prassi degli orientamenti e delle comunicazioni mostra che essi presentano sempre un certo grado di indeterminatezza, sì che sarebbe vano porsi nell'ottica della *certezza del diritto* in chiave di puntuale *prevedibilità* della decisione; per altro verso, la Commissione non potrebbe astenersi da un simile esercizio di (relativa) precisazione della discrezionalità inerente al quadro normativo, trattandosi di potere non rinunciabile appunto perché, come stabilito in giurisprudenza, conferitole dal diritto primario<sup>32</sup>.

In realtà, l'istituzione fa uso del potere discrezionale per mezzo delle stesse fonti di *soft law*, individuando le modalità entro le quali gli Stati membri possono predisporre misure di aiuto conformi alle regole definite nella comunicazione, in quanto interpretate e applicate dall'istituzione. Comunque sia, come ribadito nella sentenza *Kotnik*<sup>33</sup>, la comunicazione non vincola lo Stato membro<sup>34</sup>. Se questi notifica alla Commissione un progetto di aiuti in linea con le disposizioni dettate dalla Commissione, "quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare il progetto"; ciò nonostante, gli Stati membri "conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuti di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione", mentre la Commissione potrebbe comunque autorizzare i medesimi progetti "in circostanze eccezionali"<sup>35</sup>, tenuto conto di tutte le specificità del settore economico interessato, inclusi i profili straordinari invocati dallo Stato, che la Commissione è tenuta a esaminare, ancorché non considerati nell'atto di *soft law*<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Negli aiuti di Stato, la Commissione è vincolata alle discipline da essa emanate, purché nei limiti in cui le medesime non si discostino dalle norme del Trattato, tra le quali figura, in particolare, l'articolo 107, par. 3, lett. b) TFUE (v., in tal senso, la sentenza 2 dicembre 2010, C-464/09 P, *Holland Malt BV c. Commissione*, punti 46 e 47).

<sup>32</sup> Sentenza 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, punto 71, in cui si precisa che l'esercizio della discrezionalità insita nelle comunicazioni (orientamenti ecc.) deve essere sottoposta a verifica continua, al fine di valutare ogni altra evoluzione non considerata in precedenza.

<sup>33</sup> Sentenza 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*, punto 43.

<sup>34</sup> Ivi, punti 44-45.

<sup>35</sup> Ivi, punto 43.

<sup>36</sup> La sentenza 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, ha chiarito che la Commissione ha l'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'articolo 107, par. 3, lett. b) TFUE. Naturalmente, in questo caso, essa ha anche l'obbligo di motivare il suo eventuale rifiuto di accogliere una richiesta del genere (punti 72 ss.).

### 3. La base giuridica degli aiuti utili: l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE

Tra le varie disposizioni della disciplina generale in materia di aiuti di stato, la Comunicazione individua nell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, la regola categoriale che permette agli Stati membri, nel rispetto delle condizioni esaminate *infra*, di ricevere dalla Commissione l'autorizzazione a istituire regimi o misure *ad hoc* di aiuto a favore di imprese in chiave di protezione di ambiente, clima ed efficientamento energetico.

Tale disposizione è verosimilmente quella maggiormente significativa in termini di poteri discrezionali conferiti dal diritto primario alla Commissione, eppure meno approfondita sul piano teorico-giuridico, forse perché non sono poi molte le pronunce dei giudici dell'Unione al proposito, le quali hanno riguardato per lo più le misure relative alle regioni meno sviluppate<sup>37</sup>. La parte dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE che qui interessa concerne invece gli aiuti "destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività ..., sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse"<sup>38</sup>.

Come è noto, si tratta di disposizione che è inclusa tra quelle qualificate come categorie di aiuti che "possono considerarsi compatibili con il mercato interno" (art. 107, par. 3, TFUE). Esse si differenziano dai casi di compatibilità *de jure* indicati nell'art. 107, par. 2, TFUE, che hanno natura, per così dire, maggiormente definita, ancorché soggette al controllo della Commissione. Gli aiuti contemplati dal successivo par. 3, pur costituendo anch'essi deroghe al divieto generale di aiuti (art. 107, par. 1, TFUE), ruotano intorno alla discrezionalità della Commissione.

Nella logica del sistema, le disposizioni in questione, in quanto eccezioni al principio generale, ancorché di natura orizzontale, devono interpretarsi restrittivamente, come generalmente riconosciuto dai giudici dell'Unione e dalla prassi applicativa della Commissione<sup>39</sup>. Un punto che

<sup>37</sup> Per una analisi di tipo politico-economico delle deroghe di cui all'art. 107, par. 3 TFUE, v. ad esempio D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge 2014, 1076 ss.

<sup>38</sup> Per un precedente giurisprudenziale si veda la sentenza 14 novembre 1984, 323/82, *Intermills*, punto 30, con scarse indicazioni sulla disposizione in ragione dei differenti motivi di ricorso. Per una rassegna dei casi relativi all'applicazione dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE v. P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2015, 1173-1176.

<sup>39</sup> Cfr. ad esempio sentenze 21 giugno 2001, C-280/99 P a C-282/99, *Moccia Irme c. Commissione*, punto 40, e riguardo al Tribunale 25 settembre 1997, T-150/95, *UK Steel Association c. Commissione*, punto 114.

caratterizza la base giuridica in oggetto è dato dalla circostanza che – come si vedrà *amplius* in seguito – la sfera di discrezionalità della Commissione è ristretta sotto un duplice profilo: taluni principi generali e almeno tre specifiche condizioni valorizzate dalla prassi applicativa ne orientano e delimitano l'applicazione. L'analisi della Comunicazione evidenzia peraltro come la discrezionalità della Commissione sia orientata in termini assai favorevoli verso gli aiuti di stato in presenza di un effetto ambientale incentivante<sup>40</sup>.

Certo, come rilevato, al pari delle altre categorie di aiuti soggette ad autorizzazione, l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, impone all'istituzione di procedere a complesse valutazioni di ordine economico, sociale, tecnico e politico, attinenti unicamente al settore del mercato interno interessato dalla misura<sup>41</sup>. La Commissione deve basarsi, per concedere o rifiutare il ricorso alla deroga, su considerazioni di stretta necessità dell'aiuto (in linea con il carattere eccezionale della disposizione derogatoria in oggetto) che, a sua volta, deve essere destinato a raggiungere obiettivi, nella specie ambientali, climatici ed energetici, definiti in un'ottica di interesse generale nel *Green Deal*.

In passato, la prassi della Commissione si era talvolta ispirata al paradigma concettuale per cui, nell'autorizzare un aiuto ai sensi della base giuridica che qui rileva, si dovesse considerare l'interesse *comune*, e non quello nazionale, così che quest'ultimo finiva in sostanza per confluire nel primo, di natura sovranazionale. La giurisprudenza è orientata in senso diverso, nonostante quanto asserito dal Tribunale nella sentenza *Mediaset*<sup>42</sup>, in un passaggio peraltro ridimensionato dallo stesso Tribunale in chiave di interesse *pubblico* non necessariamente condiviso da tutti, né dalla maggioranza degli Stati membri<sup>43</sup>. In effetti, la Corte di giustizia ha recentemente chiarito che la realizzazione dell'interesse *comune* non è condizione di compatibilità di una certa misura (in quel caso a sostegno dell'attività di una centrale nucleare) ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c)

<sup>40</sup> V. *infra* par. 5.

<sup>41</sup> La giurisprudenza in argomento è consolidata: cfr. le sentenze 4 febbraio 1987, 310/85, *Deufil c. Commissione*, punto 18; 14 febbraio 1990, 301/87, *Francia c. Commissione*, punto 49 causa; 21 marzo 1991, C-303/88, *Lanerossi*, punto 34; 11 dicembre 2008, C-75/05 P, *Repubblica Federale di Germania c. Commissione*, punto 59; 5 marzo 2015, C-667/13, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português*, punto 6; 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, cit., punto 68. In dottrina cfr. tra gli altri C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107*, cit., 1154 s.

<sup>42</sup> Tribunale, 15 giugno 2010, C-177/07, *Mediaset*, punto 125.

<sup>43</sup> Tribunale, 12 luglio 2018, T-365/15, *Austria c. Commissione*, punti 82 ss.

TFUE<sup>44</sup>. Il paradigma concettuale della Comunicazione in oggetto appare invece coerente con la necessità di perseguire un interesse considerato *comune* ai Governi e ai popoli europei.

Comunque sia, i Trattati affidano la valutazione sottostante alla Commissione, la quale dispone al riguardo di una competenza esclusiva, da esercitarsi sotto il controllo dei giudici dell'Unione<sup>45</sup>. Il ruolo della giurisdizione è peraltro circoscritto al rispetto delle regole procedurali e all'assenza sia di errori manifesti nella valutazione materiale dei fatti presi in considerazione, sia di errori di diritto, sia infine di sviamento di potere<sup>46</sup>: il giudice – si afferma in giurisprudenza – non può sostituire la propria valutazione dei fatti, in particolare sul piano economico, a quella della Commissione<sup>47</sup>. Su un piano generale, tale posizione non è irragionevole se considerata alla luce del principio di separazione dei poteri – parte integrante dello stato di diritto – che il processo di integrazione europea ha mutuato dalle tradizioni costituzionali dei suoi membri<sup>48</sup>.

Per contro, come accennato, la discrezionalità della Commissione subisce varie costrizioni articolate in principi generali e condizioni che il progetto deve soddisfare, come si vedrà meglio in seguito. A questo riguardo, è bene sin d'ora sottolineare che la notifica alla Commissione ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE, non è in sé in grado di generare, in capo ai potenziali beneficiari della progettata misura, alcun legittimo affidamento circa la conformità della stessa alla disposizione derogatoria. Per un verso, gli atti di *soft law* – e la Comunicazione in esame non fa eccezione – mantengono ampi margini di apprezzamento discrezionale in

<sup>44</sup> Sentenza 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*, punti 18 ss.

<sup>45</sup> Nella sentenza 21 novembre 2013, C-284/12, *Deutsche Luftbansa AG*, la Corte ha ricordato la sua giurisprudenza sul riparto delle competenze tra Commissione e giudici nazionali secondo cui “la valutazione della compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione”, mentre “i giudici nazionali provvedono alla salvaguardia, fino alla decisione definitiva della Commissione, dei diritti dei singoli di fronte ad un'eventuale violazione, da parte delle autorità statali, del divieto previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE”, punto 28.

<sup>46</sup> Cfr. sentenze 26 settembre 2002, C-351/98, *Spagna c. Commissione*, punto 74; 13 febbraio 2003, C-409/00, *Spagna c. Commissione*, punto 93, e 29 aprile 2004, C-91/01, *Italia c. Commissione*, punto 43; per la giurisprudenza del Tribunale v. ad esempio la sentenza 11 giugno 2009, T-189/03, *ASM Brescia c. Commissione*, punto 115.

<sup>47</sup> Ciò ha dato luogo a critiche fondate sulla carenza di controllo giurisdizionale: L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P.-J. SLOT (eds), *EU State Aids*, 4a ed., London 2012, 146-147.

<sup>48</sup> Cfr. R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, 2ª ed., Milano 2022, 276.

capo alla Commissione, cui del resto appartiene il potere sottostante. Per altro verso, la giurisprudenza ha chiarito che, nel sistema dell'Unione, il sorgere del diritto individuale di invocare il legittimo affidamento dipende non dalle rassicurazioni, date alle imprese potenzialmente interessate, provenienti dalle autorità nazionali che abbiano proceduto alla notifica preventiva della misura, bensì e unicamente da quelle ricevute dall'Unione. Infatti, l'affidamento sorge soltanto se l'operatore economico abbia ricevuto rassicurazioni, caratterizzate da chiarezza e concordanza, da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione, tali da determinare fondate aspettative nell'interessato<sup>49</sup>.

#### 4. *Principi generali di compatibilità della misura di aiuto*

In via generale, quando sottopongono a valutazione di compatibilità il progetto di misure statali a favore dell'ambiente, del clima e dell'energia nel contesto di una notifica preventiva *ex art.* 108, par. 3 TFUE, gli Stati membri sono tenuti a rispettare tanto l'*acquis* (a), quanto il principio di trasparenza (b).

##### *a) Il rispetto dell'acquis*

Sotto il primo profilo, la misura, le relative condizioni di concessione, la procedura di erogazione e l'attività sovvenzionata – chiarisce la Commissione – non devono essere in contrasto con il diritto ambientale, né *a fortiori* con altre regole dell'Unione<sup>50</sup>. I procedimenti in materia di aiuti di stato non possono per definizione produrre esiti incompatibili con i Trattati e il diritto secondario<sup>51</sup>: in breve, qualunque notifica statale va respinta se profila un simile effetto<sup>52</sup>. Preme peraltro segnalare che

<sup>49</sup> Secondo una giurisprudenza consolidata, può “parlarsi di rassicurazioni siffatte quando vengano fornite informazioni precise, incondizionate e concordanti, quale che sia la forma in cui queste vengono comunicate” (cfr. ad esempio le sentenze 6 dicembre 2010, C-537/08 P, *Kabla Thüringen Porzellan* c. Commissione, punto 63; 13 agosto 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA srl e altri*, punto 132).

<sup>50</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 33. In questo senso v. già la sentenza 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, punti 50 e 51.

<sup>51</sup> Cfr. le sentenze 3 maggio 2001, C-204/97, *Portogallo* c. Commissione, punto 41 e 12 dicembre 2002, C-456/00, *Francia* c. Commissione, punto 30.

<sup>52</sup> Sentenza 19 settembre 2002, C-113/00, *Spagna* c. Commissione, punto 78.

la giurisprudenza del Tribunale sembra più flessibile a questo riguardo, sebbene con argomentazioni non sempre convincenti<sup>53</sup>.

Più certo è il profilo relativo all'inderogabilità della normativa europea ambientale. Data la necessità di accelerare il conseguimento degli obiettivi fissati dal *Green Deal* e la funzione addizionale che gli aiuti di stato sono chiamati a svolgere in chiave di protezione dell'ambiente, sarebbe irragionevole pensare che l'*acquis* ambientale non costituisse un punto fermo. Conviene ricordare, come stabilito in giurisprudenza, che nella sua valutazione di compatibilità di un aiuto notificato la Commissione è tenuta a verificare che il beneficiario "non violi norme del diritto dell'Unione in materia ambientale. Se constata una violazione di tali norme, essa è tenuta a dichiarare detto aiuto incompatibile con il mercato interno senza ulteriore esame"<sup>54</sup>. In altri termini, la coerenza con l'*acquis* ambientale assume carattere dirimente, non essendovi alcuno spazio discrezionale ulteriore o residuale in capo alla Commissione: nell'insieme, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali, l'esigenza di integrare la tutela dell'ambiente nelle altre politiche ambientali (art. 11 TFUE) e gli obiettivi di salvaguardia e miglioramento dell'ambiente sanciti dagli artt. 191, par. 1 e 194, par. 1 TFUE, non permettono di affievolire l'effetto prescrittivo dall'*acquis*, e ciò a prescindere dal margine di apprezzamento che la normativa sugli aiuti di stato conferisce alla Commissione.

Emblematico al riguardo è l'esempio, fornito dalla Comunicazione in esame, degli aiuti relativi alla *nature restoration* (riparazione di danni ambientali, ripristino di habitat naturali ecc.). L'aiuto progettato non è eleggibile se lo Stato non abbia previamente dimostrato di avere adottato tutte le misure necessarie per identificare l'impresa responsabile del

<sup>53</sup> Cfr. la sentenza 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punti 15 ss., nella quale il Tribunale sostiene che la Commissione è tenuta a verificare soltanto il rispetto dell'*acquis* che presenti un legame indissociabile con la misura di aiuto autorizzata dalla Commissione, anche al fine di preservare le "garanties procédurales – en partie très divergentes et impliquant des conséquences juridiques distinctes – qui sont propres aux procédures spécialement prévues pour le contrôle de l'application de ces dispositions et, d'autre part, au principe d'autonomie des procédures administratives et des voies de recours" (punto 31). Tra l'altro, resta sullo sfondo una questione di ordine sistematico: come può la Commissione autorizzare una misura di aiuto adottata in violazione di norme contenute in atti legislativi di diritto derivato o del diritto primario tramite una decisione di natura amministrativa? Se si ragiona in termine di gerarchia delle fonti e degli atti, la risposta dovrebbe essere negativa.

<sup>54</sup> Sentenza 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*, punto 100. Così anche la sentenza del Tribunale 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punto 71.

danno ambientale affinché quest'ultima si faccia carico dei costi, a norma della Direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale e del principio "chi inquina paga"<sup>55</sup>. Egualmente, gli aiuti a favore dell'energia rinnovabile sono condizionati all'utilizzo di combustibili conformi alla direttiva 2018/2001<sup>56</sup>.

Sempre in una logica di rispetto dell'*acquis*, considerato *lato sensu*, si dovrebbe altresì ritenere che una misura di aiuto non possa essere erogata a favore di imprese destinatarie di una decisione di recupero non previamente eseguita, tanto più che il nuovo aiuto eluderebbe il vincolo relativo all'effetto distorsivo sulla concorrenza (del quale si dirà *infra*) che sarebbe invece destinato a consolidarsi. La rigorosa applicazione della giurisprudenza TWD, codificata in una regola interna<sup>57</sup>, dovrebbe impedire conseguenze del genere<sup>58</sup>. Certo, a causa prima della pandemia

<sup>55</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 284 e 285. Si noti che la nozione di impresa responsabile concerne tanto l'azienda all'origine del danno ambientale, quanto l'impresa che sia ritenuta giuridicamente responsabile per non avere prevenuto o impedito il danno. Sulla direttiva 2004/35 v. anche per ulteriori riferimenti G. BANDI, *Principles of Environmental Law Including (the Objective of) Sustainable Development*, in *Research Handbook on EU Environmental Law* (a cura di M. Peeters & M. Eliantonio), cit., 48 ss. e B. Pozzo, *Environmental Liability: The Difficulty of Harmonizing Different National Civil Liability Systems*, ivi, 231 ss.

<sup>56</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 80.

<sup>57</sup> V. art. 46, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234.

<sup>58</sup> Nella vicenda TWD (sentenza Tribunale 13 settembre 1995, T-244/93 e T-486/93, TWD c. Commissione, punto 56, e della Corte 15 maggio 1997, C-355/95 P) era in gioco la legittimità di una decisione della Commissione che aveva condizionato l'erogazione di un aiuto compatibile con il mercato comune al previo recupero di un precedente aiuto concesso in violazione delle norme del Trattato. Nel confermare la sentenza resa in primo grado dal Tribunale, e rigettando così i motivi di appello proposti dall'impresa ricorrente, la Corte rispose affermativamente a una questione non espressamente regolata dalle norme in tema di aiuti e sulla quale non vi erano precedenti giurisprudenziali. Il Tribunale, prima, e la Corte, poi, hanno dunque accolto una concezione sostanziale e finalistica delle norme in tema di aiuti, le quali sono volte a evitare distorsioni alla concorrenza. Di conseguenza, la Commissione – nell'utilizzare la discrezionalità inerente alle norme stesse e che la giurisprudenza consolidata in argomento le riconosce – poteva *rectius*, doveva e ancora oggi deve) condizionare la concessione di un aiuto compatibile al completo recupero di un aiuto illecitamente erogato in passato ad un identico soggetto, almeno là dove si constati che la somma dei due aiuti sia lesiva della concorrenza. L'alternativa (volta a sostenere che, nel punto relativo alla sospensione dell'aiuto, la Commissione fosse incorsa in un motivo di invalidità dell'atto, avendo utilizzato i suoi poteri discrezionali per raggiungere un fine sanzionatorio rispetto al quale non dispone di corrispondente potere) sarebbe stata meno protettiva del mercato. È piuttosto difficile peraltro tracciare un preciso limite (che sia diverso dalla violazione di norme espresse) all'esercizio di un

e poi della guerra in Ucraina, sono state previste eccezioni alla regola TWD<sup>59</sup>. Nondimeno, tali eccezioni non rilevano nella fattispecie, neppure per analogia.

*b) Il principio di trasparenza*

In linea con la prassi applicativa della Commissione in materia di aiuti di stato, il principio di trasparenza riceve nella Comunicazione una duplice declinazione.

*Ex ante* è necessario che, nel corso del processo decisionale di definizione di un certo progetto, il governo notificante abbia garantito al pubblico interessato il diritto sia di essere consultato, sia di avere accesso alle informazioni corrispondenti, affinché i soggetti terzi, in linea con gli impegni internazionali gravanti sull'Unione e sugli Stati membri in base alla Convenzione di Aarhus, possano contestarne gli esiti, se del caso anche dinanzi ai giudici nazionali, qualora le persone fisiche e le organizzazioni "dimostrino l'inosservanza del diritto ambientale dell'Unione"<sup>60</sup>. Si tratta di un punto qualificante dell'azione della Commissione in tema di aiuti a favore dell'ambiente perché attiene al controllo diffuso del rispetto della normativa ambientale imposto da precisi obblighi internazionali pattizi direttamente gravanti sull'Unione. Conviene rilevare che l'incidenza degli obblighi internazionali dell'Unione potrebbe condurre a una revisione del quadro normativo comune al fine di rendere più trasparente l'attività della Commissione in punto di controllo e di autorizzazione dei progetti statali di aiuto, sebbene una certa resistenza dei Governi sia ragionevolmente prevedibile. Ciò perché il *Compliance Committee* che sovrintende al controllo circa la corretta applicazione

potere discrezionale nei casi in cui la giurisprudenza tenda ad attribuire all'organo i poteri necessari all'esercizio delle sue funzioni. Comunque sia, quest'ultima impostazione, in sé formalistica, sarebbe abbastanza agevolmente aggirabile qualora la Commissione, invece di dichiarare, come fece in TWD, compatibile l'aiuto, sospendendone l'erogazione al verificarsi di una condizione, avesse deciso di sancirne *tout court* l'incompatibilità appunto perché la somma dei due aiuti (uno lecito, l'altro illegittimo e soggetto a recupero) era lesiva della concorrenza. Lo svantaggio di una simile impostazione era essenzialmente pratico perché la Commissione avrebbe dovuto pronunciarsi (e aprire un nuovo procedimento) qualora il precedente aiuto illegittimo fosse stato recuperato.

<sup>59</sup> Cfr. art. 53, commi 1 e 1 *quater* del decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34 (convertito dalla legge 17 luglio 2020 n. 77), integrato dall'art. 50, comma 5, del decreto-legge 17 maggio 2022 n. 50 (convertito dalla legge 17 luglio 2022 n. 91).

<sup>60</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 11.

della Convenzione di Aarhus<sup>61</sup>, nel pronunciarsi sulla richiamata vicenda *Hinkley Point C*, ha accertato l'inosservanza, da parte dell'Unione, dello stesso strumento internazionale<sup>62</sup>.

Va poi ricordato che la necessità di garantire la trasparenza si evidenzia anche sotto una diversa angolazione, operante *ex post* rispetto alla concessione dell'aiuto. La misura deve essere pubblicata, ad opera delle autorità statali, sulla piattaforma *Transparency Award Module* della Commissione o su un sito nazionale o regionale<sup>63</sup>.

Ne consegue, in entrambi i casi, che in principio la mancata osservanza di forme di trasparenza da parte dello Stato determina la non compatibilità della misura con i Trattati, con tutte le conseguenze che ne potrebbero derivare anche in termini di venir meno dell'efficacia dell'autorizzazione eventualmente concessa. In realtà, dal 2014 il rispetto della trasparenza tende ad essere non solo e non tanto un requisito amministrativo che lo Stato è tenuto a rispettare per assicurare la legalità della misura, quanto e piuttosto un principio generale del settore che intende responsabilizzare il potere pubblico (lo Stato che eroga la misura e la Commissione che l'autorizza) dinanzi all'intera società civile e, in particolare, a tutti i soggetti direttamente interessati.

<sup>61</sup> Firmata nell'omonima città danese da 39 Stati nel 1998 nell'ambito delle Nazioni Unite, la Convenzione di Aarhus è entrata in vigore nel 2001 e, per l'Unione europea, nel 2005, in seguito alla sua approvazione con Decisione 2003/370/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005. Si tratta di un accordo misto: l'Unione e i suoi Stati membri sono infatti parti contraenti.

<sup>62</sup> UN Economic and Social Council ECE/MP.PP/C.1/2021/21, 10 September 2021. Sulle funzioni del Compliance Committee v. tra gli altri C. PITEA, *The non-compliance procedure of the Aarhus convention: between environmental and human rights control mechanisms*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2006, 85 ss.; M. MACCHIA, *La compliance al diritto amministrativo globale: il Sistema di controllo della Convenzione di Aarhus*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 639 ss.; T. TREVES, *La soluzione delle controversie in materia ambientale e le procedure di non-compliance*, in A. FODELLA e L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino 2009, 217 ss.; N. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Padova, 2016; G. SAMVEL, *Non-Judicial, Advisory, Yet Impactful? The Aarhus Convention Compliance Committee as a Gateway to Environmental Justice*, in *Transnational Environmental Law*, 2020, 211 ss.; M. VAN WOLFEREN, M. ELIANTONIO, *Access to Justice in Environmental Matters in the EU: The EU's Difficult Road towards Non-compliance with the Aarhus Convention*, in ID. (eds), *Research Handbook on EU Environmental Law*, cit., 148 ss.

<sup>63</sup> Su questi profili, v. Comunicazione, cit., paragrafi da 34 a 62 (collocati dalla Commissione nel contesto della c.d. condizione negativa).

5. *L'ulteriore onus probandi imposto allo Stato notificante: a) l'effetto incentivante sulle imprese; b) la non eccessiva alterazione del mercato in misura contraria al "comune" interesse; c) il balancing test: la maggiore valenza degli effetti positivi (effetto incentivante) su quelli negativi (alterazione del mercato)*

Riguardo invece alle specifiche condizioni imposte direttamente dall'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, è noto come tale disposizione, alla luce della prassi applicativa, restringa la discrezionalità della Commissione sotto tre profili. Nel procedere alla valutazione di un certo progetto statale, l'aiuto, per risultare compatibile, deve: a) *in positivo*, contribuire allo sviluppo di un'attività economica e dunque, nella specie, perseguire gli obiettivi che l'Unione si è data in materia di ambiente, energia e clima; b) *in negativo*, non alterare la concorrenza in modo contrario all'interesse comune; infine, c) far sì che nel contemperare le due anzidette condizioni gli effetti positivi superino quelli negativi.

Lo *status questionis* risiede essenzialmente nel comprendere come la Commissione apprezzerà tali requisiti, tenuto conto che essa continuerà a disporre di un non indifferente margine di discrezionalità. Va da sé che l'onere della prova sottostante, profondamente caratterizzato in chiave economica, può rivelarsi assai gravoso per l'autorità statale. La prassi applicativa rivelerà l'attitudine della Commissione al proposito, anche sotto il profilo dell'intervento, nel corso della procedura, di parti terze interessate: parti interessate sono lo Stato notificante e il beneficiario dell'aiuto, nonché, ricorrendo taluni presupposti, i concorrenti del beneficiario.

Questione a sé è poi quella dell'estensione della nozione di terzo interessato alla società civile e alle organizzazioni non governative, relativamente alle procedure di aiuti di stato in materia ambientale: la Convenzione di Aarhus imporrebbe obblighi di informazione e di partecipazione (nonché di accesso alla giustizia) anche a tali soggetti, sebbene il regolamento 1397/2006 continui a escludere le procedure in materia di aiuti di stato a tali soggetti<sup>64</sup>.

È opportuno esaminare tali questioni singolarmente, nell'ordine indicato, benché esse tendano in parte a sovrapporsi, in specie riguardo agli

<sup>64</sup> Art. 2, par. 2, lett. a) del regolamento n. 1397/2006 (la versione modificata nel 2021 è consultabile nel sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02006R1367-2021102>). In argomento v. METAXAS, *EU State Aid Control in a Dynamic Global Environment: Time to Rethink the Interested Party Concept?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, 43 ss.

argomenti di prova che le autorità statali devono addurre ai fini dell'autorizzazione.

*a) L'effetto di incentivazione quale requisito di liceità dell'autorizzazione*

La prima condizione si definisce *positiva* perché postula l'esistenza di un effetto di incentivazione perseguito dall'aiuto: il suo rispetto mira a far sì che, proprio in virtù della misura, gli operatori economici sviluppino comportamenti virtuosi e coerenti con le politiche dell'Unione in materia di ambiente, energia e clima.

L'effetto in questione va inteso quale indispensabile requisito di liceità dell'aiuto, essendo del resto concettualmente legato al presupposto operativo delle deroghe complessivamente previste dall'art. 107, par. 3, TFUE. La finalità sottostante non potrebbe *a priori* ritenersi soddisfatta se la condotta degli operatori economici coerente con i fini ambientali posti dal *Green Deal* si potesse raggiungere tramite il libero gioco del mercato, senza cioè alcun intervento pubblico. A questo proposito, è significativa la sentenza *HGA*, relativa ad aiuti di Stato a finalità regionale in situazioni di tenore di vita anormalmente basso o di gravi forme di disoccupazione (*ex art. 107, par. 3, lett. a) TFUE*), nella specie a favore dell'industria alberghiera in Sardegna<sup>65</sup> – sentenza la cui ratio argomentativa pare estensibile per analogia anche alla successiva lett. c). Qui la Corte ha stabilito non solo e non tanto che la mancata dimostrazione di un effetto incentivante legittima la Commissione a non autorizzare l'aiuto<sup>66</sup>, quanto e piuttosto che l'assenza di un simile effetto (o la sua mancata dimostrazione) rende *incompatibile* l'aiuto con il mercato interno. In questo schema ricostruttivo, l'incentivo alla condotta virtuosa si configura alla stregua di una condizione di liceità dell'autorizzazione, la cui assenza o non dimostrazione *impone* di respingere l'istanza statale<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Sentenza 13 agosto 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA srl e altri*.

<sup>66</sup> Ivi, par. 104 (“...la Commissione è legittimata a rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi indicati al citato articolo 107, paragrafo 3, TFUE. Un aiuto siffatto deve quindi essere necessario per la realizzazione gli obiettivi previsti da tale disposizione in modo tale che, in sua assenza, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe, di per sé solo, di ottenere che le imprese beneficiarie adottino un comportamento idoneo a contribuire alla realizzazione di tali obiettivi”).

<sup>67</sup> Ivi, par. 105 (“Discende da quanto precede che, nel contesto dell'articolo 107,

In concreto, alla luce della prassi applicativa relativa alle notifiche delle misure di aiuto, occorre dimostrare tre requisiti in punto di effetto incentivante: la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità della misura progettata.

In punto di necessità, deve provarsi il *nesso di causalità necessaria* tra la misura prevista e la conseguente condotta imprenditoriale che, a sua volta, concorrerà *in positivo* alla realizzazione dell'obiettivo di tutela dell'ambiente e/o degli altri fini europei in materia di energia e clima. Occorre cioè dimostrare che, in assenza dell'incentivo, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe di per sé di ottenere che i beneficiari adottino condotte ambientali virtuose: in breve, senza l'aiuto il mercato non realizzerebbe uno scenario ambientale utile<sup>68</sup>. La misura notificata deve dunque rivelarsi necessaria in relazione a un contesto di *fallimento del mercato*, che può essere dato dal timore del rientro dell'investimento (soprattutto se di lungo termine) a causa delle incertezze sui prezzi di beni o servizi prodotti o dalla loro esigua remunerazione o ancora dall'impossibilità di assicurare l'approvvigionamento energetico. Si tratta di situazione rimediabile soltanto tramite l'aiuto progettato, aiuto che è destinato a risolvere le insufficienze del libero gioco dei fattori produttivi, inducendo i beneficiari a adottare condotte coerenti con le politiche ambientali dell'Unione, pur considerando eventuali vincoli imposti dalla normativa europea<sup>69</sup>. Si noti ancora che, nello schema interpretativo della Commissione, la virtuosità dell'azione imprenditoriale costituisce uno specifico onere probatorio che lo Stato notificante è chiamato a soddisfare: ad esempio, qualora il beneficio apportato all'ambiente (e agli obiettivi energetici e climatici) sia temporaneo, e si prospetti soltanto a

paragrafo 3, lettera a), TFUE, l'aiuto progettato, per essere compatibile con il mercato interno, deve essere necessario per lo sviluppo delle regioni svantaggiate. A tal fine deve essere dimostrato che, in assenza dell'aiuto progettato, l'investimento destinato a sostenere lo sviluppo della regione di cui trattasi non sarebbe realizzato. Se, invece, dovesse apparire che tale investimento sarebbe effettuato anche in assenza dell'aiuto progettato, se ne dovrebbe concludere che quest'ultimo ha l'unico effetto di migliorare la situazione finanziaria delle imprese beneficiarie, senza per questo soddisfare la condizione posta dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera a), TFUE, ossia di essere necessario ai fini dello sviluppo delle regioni svantaggiate<sup>70</sup>).

<sup>68</sup> Cfr. in generale, per un simile orientamento giurisprudenziale relativamente all'art. 107, par. 3, TFUE, le sentenze 17 settembre 1980, 730/79, *Philip Morris Holland c. Commissione*, punti 16 e 17; 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, punto 68.

<sup>69</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 35 e 36.

fronte di prolungate distorsioni a concorrenza e scambi, la valutazione della Commissione è probabilmente destinata a essere negativa<sup>70</sup>.

La necessità dell'aiuto assume talvolta contorni alquanto precisi nella Comunicazione. Ad esempio, l'autorità che notifichi una misura volta a garantire un livello congruo di sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica deve dimostrare che non è possibile attendersi che le aziende interessate siano in grado di farlo autonomamente. A questo fine, occorre conto di vari elementi indicati nella Comunicazione, quali le riforme del mercato, gli sviluppi tecnologici, le possibilità di stoccaggio dell'energia, la gestione della domanda, l'esistenza di "interconnettori" (che rafforzano la concorrenza), le reti interne di trasporto e, più in generale, qualunque altro fattore che possa causare o aggravare i problemi di sicurezza, incluso il piano di azione previsti dal regolamento 2019/943. In questo contesto, provata la situazione fallimentare del mercato occorrerà garantire che la misura sia aperta a qualunque operatore in grado di contribuire efficacemente alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico<sup>71</sup>.

In secondo luogo, l'autorità statale è chiamata a dimostrare l'*adeguatezza* della sovvenzione: in concreto, non devono esservi altri strumenti meno distorsivi del mercato, né misure alternative. In questa prospettiva, se la misura è ad esempio destinata a garantire l'efficientamento della rete energetica, occorre provare che la misura progettata renda in concreto più efficiente la rete, ovviando così al fallimento del mercato, per il tramite di meccanismi di cogestione della rete elettrica al fine di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento<sup>72</sup>.

Se invece l'autorità statale potesse imporre alle aziende interessate gli oneri conseguenti alle condotte non rispettose dell'ambiente in ragione del principio di sistema "chi inquina paga" (art. 191, par. 2, TFUE)<sup>73</sup>, la

<sup>70</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia* 2022, cit., par. 73.

<sup>71</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia* 2022, cit., parr. 330 ss.

<sup>72</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia* 2022, cit., parr. 341 e 342.

<sup>73</sup> Su tale principio, mutuato nell'Unione dalla Dichiarazione di Rio (1992) cfr. le sentenze 9 marzo 2010, C-378/08, *Raffinerie mediterranee ERG*; 4 marzo 2015, C-534/13, *Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare*, punti 54 ss.; Consiglio di Stato, 26 luglio 2021, n. 5542; in dottrina, tra gli altri, G. MANFREDI, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 667 ss.; A. BARTOLINI, *Il principio "chi inquina paga" e la responsabilità per danno ambientale nella sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 2010 – procedimento*

Commissione è da reputarsi legittimata a non autorizzare l'aiuto. Per i regimi di aiuto destinati a durare nel tempo, quali quelli che si traducono in sgravi da tasse o prelievi parafiscali a favore di imprese maggiormente colpite, purché se ne dimostri l'impossibilità di proseguire le loro attività economiche in modo sostenibile, l'autorizzazione è concessa soltanto per un periodo di dieci anni<sup>74</sup>.

In terzo luogo, occorre provare la *proporzionalità* dell'intervento statale. Ne segue anzitutto che se l'aiuto concorre a realizzare un certo investimento per coprire i costi e a determinare un ragionevole profitto, e purché il relativo tasso di rendimento non generi profitti eccessivi per il beneficiario, la misura dovrebbe essere autorizzata. L'aiuto va quindi commisurato al livello minimo sufficiente per realizzare lo scopo previsto, non dovendosi produrre alcun effetto di vantaggio ulteriore rispetto a tale livello e, allo stesso tempo, vi sia un beneficio per utenti e consumatori nell'interesse generale<sup>75</sup>. Secondo la Commissione, il requisito della proporzionalità deve altresì essere oggetto di consultazione pubblica. La trasparenza e il conseguente controllo esterno della società civile diviene così profilo caratterizzante della notifica<sup>76</sup>. Spesso poi il rispetto della proporzionalità è precisato *ex ante* tramite la fissazione di un limite percentuale massimo rispetto ai costi ammissibili, con aumento di alcuni punti per le imprese medie e piccole, come ad esempio accade per le imprese che operano nel settore dei trasporti che intendano acquisire o ammodernare le attrezzature mobili di servizio<sup>77</sup>.

Uno degli elementi procedurali che la Commissione intende considerare in punto di controllo della proporzionalità è anche rappresentato,

C-378/08, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, n. 6, 1607 ss.; G. LO SCHIAVO, *La Corte di Giustizia e l'interpretazione della direttiva 35/2004 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 83 ss.; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, cit., 43 ss.; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, cit., 27 s.

<sup>74</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 305. Un problema analogo si era già manifestato nel vigore delle Comunicazioni del 2014: cfr. P. NICOLAIDES, *A Critical Analysis of Reductions From Environmental Taxes in the New Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy, 2014-2020*, in *Energy & Environment*, 2015, 573 ss.

<sup>75</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 47 e 48.

<sup>76</sup> Così, ad esempio, riguardo alle sovvenzioni destinate a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico: Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 348.

<sup>77</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 177.

per i regimi di aiuto rivolti a un certo numero di operatori economici, dall'adozione di una procedura di gara competitiva, della quale occorre che siano definiti puntuali criteri di selezione<sup>78</sup>. Va peraltro segnalato che, secondo la giurisprudenza del Tribunale, l'aver previamente esperito una gara non costituisce una condizione del rispetto della proporzionalità, perché una simile procedura è soltanto uno dei possibili mezzi per limitare l'aiuto al minimo necessario<sup>79</sup>.

Sempre in chiave di proporzionalità, la Comunicazione sottolinea che l'intensità dell'aiuto previsto sarà valutata in funzione del costo dell'investimento supplementare direttamente connesso al conseguimento del livello di tutela ambientale (si pensi, ad esempio, agli aiuti per la prevenzione o la riduzione dell'inquinamento diverso dai gas a effetto serra<sup>80</sup>). Tale costo consiste, di regola, nella differenza tra i costi dell'investimento sovvenzionato (scenario fattuale) e quelli dell'investimento in assenza di aiuto (scenario controfattuale) che dovrebbe avere, per risultare convincente, più modellizzazioni disegnate intorno a un ampio respiro temporale.

Per converso, l'aiuto che apporti sì un miglioramento della situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria, *senza* tuttavia soddisfare i test di necessità, adeguatezza e proporzionalità riguardo all'effetto incentivante, è destinato a essere considerato incompatibile con il mercato interno<sup>81</sup>. Appare allora evidente che l'esistenza di un genuino effetto incentivante, appunto perché conforme ai tre requisiti testé descritti, costituisce la *conditio sine qua non* che legittima le autorità statali a intervenire sui beneficiari e ad incidere sul libero gioco del mercato<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 49, 50 e 173 (con riguardo alla categoria degli aiuti a favore della mobilità pulita).

<sup>79</sup> Cfr. la sentenza 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punti 58 e 59.

<sup>80</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 265 ss.

<sup>81</sup> Per un simile orientamento giurisprudenziale che qualifica l'effetto di incentivazione quale presupposto indispensabile per l'autorizzazione dell'aiuto ai sensi in generale dell'art. 107, par. 3, TFUE, cfr. le sentenze 24 febbraio 1987, 310/85, *Deufil c. Commissione*, punto 18; 5 ottobre 1994, C-400/92, *Germania c. Commissione*, punti 12, 20 e 21; 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast srl*, punto 68.

<sup>82</sup> Nelle conclusioni relative alla causa C-730/79, l'Avvocato generale Capotorti mise lucidamente in evidenza questo elemento: "Sarebbe, invece, contrario a questo interesse consentire agli Stati di effettuare erogazioni finanziarie che, non essendo la condizione *sine qua non* per conseguire gli scopi previsti dall'articolo 92, paragrafo 3 [oggi 107,

Come si vede, l'*onus probandi*, relativamente ai requisiti in questione, ricade ovviamente in capo alle autorità nazionali che notificano il regime o la misura, le quali devono individuare con precisione le condotte che intendono incentivare, i correlati effetti positivi per i cittadini, la popolazione e la loro rilevanza per le politiche ambientali dell'Unione.

Il punto cruciale, sul quale le autorità nazionali devono prestare attenzione in sede di presentazione di un regime o di una misura *ad hoc* di aiuti, è costituito dalla situazione generale del mercato e dalla importanza di realizzare gli obiettivi *comuni* in una chiave di interesse generale dell'Unione. È parte integrante dell'*acquis* giurisprudenziale, infatti, il dato che la Commissione, in fase di valutazione di un regime notificato, non sia tenuta ad analizzare l'effetto incentivante degli aiuti previsti in relazione alla situazione di ciascuna singola impresa che ne risulterebbe beneficiaria<sup>83</sup>.

Come ricorda la Comunicazione in esame, le autorità nazionali devono provare, per un verso, che l'intervento statale apporta concreti benefici alle politiche dell'Unione, così contribuendo in modo effettivo alla tutela dell'ambiente, alla mitigazione dei cambiamenti climatici o al funzionamento efficiente del mercato interno dell'energia. A quest'ultimo proposito, è bene rilevare che la Comunicazione è applicabile *inter alia* agli aiuti per la costruzione e l'ammodernamento delle infrastrutture energetiche, a quelli per la chiusura di centrali elettriche che utilizzano materie fossili e a quelli per il teleriscaldamento e il teleraffreddamento<sup>84</sup>. Si conferma così l'importanza che la Commissione attribuisce allo strumento degli aiuti per le aziende operanti in tali settori: si vuole recidere il legame del mondo produttivo con le materie fossili, rendendolo sempre

par. 3 TFUE], si limiterebbero ad apportare un miglioramento alla situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria. È evidente l'utilità che un contributo dello Stato presenta in ogni caso per questa impresa, ma è altrettanto evidente che, dal punto di vista comunitario, non vi è ragione di derogare al divieto degli aiuti statali se un determinato investimento – che supponiamo conforme agli obbiettivi indicati nell'articolo 92, paragrafo 3 – può aver luogo anche indipendentemente da tale beneficio" (punto 6).

<sup>83</sup> Cfr. per analogia, con riferimento alla lett. a) dell'art. 107, par. 3, TFUE, la sentenza del 9 giugno 2011, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, *Comitato «Venezia vuole vivere» c. Commissione*, punto 63; 13 agosto 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA*, cit., punto 114, in cui la Corte ha precisato che è solo nel successivo stadio del recupero degli aiuti che si renderà necessario verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata.

<sup>84</sup> V. Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., rispettivamente parr. 371 ss., 420 ss. e 383 ss.

più autonomo non solo per finalità economiche e ambientali, ma – si potrebbe dire – anche geopolitiche, considerate le criticità (per usare, un eufemismo) che pervadono relazioni con la Russia e i rischi insiti nella dipendenza energetica dai combustibili tradizionali.

Nel quadro degli oneri probatori posti in capo alle autorità notificanti, e in linea con una prassi applicativa ricorrente in materia di aiuti di stato, i mezzi a disposizione sono costituiti dai c.d. scenari economici *fattuale* e *controfattuale*. In sede di notifica, occorre cioè produrre lo scenario economico fattuale della situazione di mercato in contrapposizione al probabile scenario controfattuale destinato a prodursi in assenza di aiuti. La natura della prova è di carattere essenzialmente documentale, perché lo Stato deve esibire *inter alia* le analisi economico-finanziarie corredate da documenti e piani aziendali, modelli finanziari, relazioni predisposte da consulenti esterni, valutazione dei rischi, previsioni della domanda e dei costi di produzione, studi di progetto e pareri di esperti.

Giova altresì sottolineare che la valutazione della Commissione è comunque soggetta a una condizione temporale che concorre a definire l'effetto incentivante: l'aiuto non è autorizzabile se il beneficiario ha avviato l'esecuzione del progetto *prima* di presentare domanda di aiuto, salvo taluni casi eccezionali precisati nella Comunicazione volta per volta nelle varie sezioni dedicate agli aiuti eleggibili<sup>85</sup>. In ogni caso, sono ritenuti inammissibili le forme di aiuto destinate a coprire i costi dell'adeguamento all'*acquis*, salvo che l'impresa beneficiaria vada oltre il livello di protezione prevista dalla normativa dell'Unione ovvero che tale livello sia anticipato dall'impresa di almeno diciotto mesi prima che la normativa dell'Unione sia efficace per i soggetti interessati<sup>86</sup>.

*b) La non alterazione della concorrenza e degli scambi in misura contraria al "comune" interesse*

Oltre all'effetto incentivante che una sovvenzione può determinare in linea con gli obiettivi del *Green Deal*, la "non eccessiva alterazione del mercato" è condizione, a sé stante di legittimità o *rectius* di liceità, dell'aiuto.

Al riguardo, conviene muovere dalla premessa, inerente ai Trattati in

<sup>85</sup> V. Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 31.

<sup>86</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 32.

virtù di un principio di derivazione giurisprudenziale, secondo cui qualunque misura di aiuto selettivo è inevitabilmente destinata a falsare il libero gioco della competizione tra imprese (*level playing field*). Argomentando in base alla nozione di aiuto (art. 107, par. 1, TFUE), è ragionevole assumere, infatti, in chiave economica, che qualunque aiuto non ottenibile nel normale corso degli affari consente al beneficiario *inter alia* di conservare una certa fascia di mercato o di rafforzare la sua posizione nello spazio economico (alterazione della concorrenza) ovvero di orientare le sue scelte aziendali verso una certa ubicazione degli investimenti nello Stato membro che pratica l'aiuto (alterazione degli scambi e del commercio tra Stati membri), favorendo lo stabilimento dell'azienda nello Stato che riconosce sovvenzioni<sup>87</sup>. L'effetto distorsivo sul mercato determinato dall'aiuto selettivo è conseguenza costante e ineludibile, come ebbe ad affermare in modo limpido l'Avvocato generale Capotorti nelle sue conclusioni relative al celebre e risalente caso *Philip Morris*<sup>88</sup>. È significativo il fatto che la giurisprudenza non abbia condizionato l'accertamento dell'effetto distorsivo a parametri quantitativi, né a soglie di riferimento, ancorché la dottrina abbia posto in evidenza la necessità di approcci differenziati in relazione alle varie tipologie di mercato<sup>89</sup>.

Stabilito dunque che la premessa concettuale di riferimento è data da uno dei requisiti che compongono la nozione di aiuto di cui all'art.

<sup>87</sup> Cfr., con riguardo agli aiuti di stato al settore dell'energia, segnatamente delle imprese energivore (nei casi *Alumix* e *Alcoa*), K. TALUS, *EU Energy Law and Policy. A Critical Account*, Oxford 2013, 146 ss.

<sup>88</sup> L'Avvocato generale Capotorti nelle conclusioni relative alla causa C-730/79, sottolineò che la distorsione della concorrenza, quale elemento qualificante della nozione di aiuto, deve reputarsi "una conseguenza costante e necessaria del beneficio accordato mediante l'aiuto statale a talune imprese o a talune produzioni. Questa interpretazione trova conferma nella logica dell'economia: un intervento esterno di carattere selettivo non può che alterare il gioco della concorrenza. È lecito dunque partire dalla presunzione che un qualsiasi aiuto pubblico concesso ad una impresa falsa la concorrenza – o minaccia di falsarla, se l'aiuto è solo progettato e non ancora concesso –, a meno che non sussistano circostanze eccezionali (ad esempio, l'assenza totale nel mercato comune di prodotti identici o sostitutivi rispetto a quelli fabbricati dal beneficiario dell'aiuto)" (C-730/79, *Philip Morris Holland c. Commissione*, punto 4). Tale rilievo è poi divenuto un profilo caratterizzante della giurisprudenza successiva dei giudici dell'Unione (cfr. da ultimo la sentenza del Tribunale 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punto 98).

<sup>89</sup> Cfr. A. BIONDI, E. RIGHINI, *An Evolutionary Theory of State Aid Control*, in *Oxford Handbook of European Union Law* (D. Chalmers, A. Arnulf eds.), Oxford 2015, 683, secondo i quali "As for distortion of competition, it is safe to claim that at least now the case law requires the Commission to provide reasons on why effects on intra-Union trade and competition can in certain cases be 'less immediate and even less discernible'".

107, par. 1, TFUE, la regola in esame (la non eccessiva alterazione del mercato) assume una sua declinazione autonoma perché ruota intorno a due ulteriori parametri economico-giuridici. *In primis*, nel valutare l'effetto distorsivo, il paradigma normativo di cui all'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, resta esclusivamente il mercato interno dell'Unione, come definito dall'art. 26, par. 2, TFUE. *In secundis*, l'impatto sul mercato europeo va commisurato in relazione alla misura notificata e alla relativa struttura applicativa (intensità, condizioni di accesso e così via) affinché se ne apprezzi il carattere *non esorbitante* rispetto all'interesse "comune".

Si noti che gli effetti economici negativi sul mercato assumono la veste di una presunzione giuridica, beninteso suscettibile di prova contraria, e comunque suscettibile di attenuarsi quando lo schema di aiuto raggiunga una vasta platea di operatori economici. Ne segue che spetta alle autorità nazionali provare che la misura stessa non sia in contrasto con l'interesse generale dell'Unione. Il riferimento al "comune" interesse (contenuto nella base giuridica in questione<sup>90</sup>) affievolisce il rilievo delle utilità strettamente nazionali in sede di valutazione della notifica: l'impatto della misura va invece contestualizzato in una prospettiva europea.

In questo senso, vero è che il perseguimento del "comune" interesse – costituito nella specie dalla finalità ambientale dell'aiuto che è finalizzato a favorire l'uso di beni e tecnologie meno inquinanti – non produce di per sé un effetto distorsivo indebito, come non manca di sottolineare la Comunicazione<sup>91</sup>; vero è anche che un simile rilievo denota il comprensibile *favor* della Commissione rispetto agli aiuti di stato finalizzati alla realizzazione degli obiettivi del *Green Deal*. Purtuttavia, resta, in punto di stretto diritto, la distorsione inerente a qualunque intervento statale nell'economia di natura selettiva che, nella logica dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, deve essere ridotto al minimo indispensabile.

Di qui l'idea che, in linea generale, l'elemento dell'anti-concorrenzialità – dovuto alla selettività dell'aiuto – sia un punto fermo della prassi giurisprudenziale nell'applicazione della deroga in questione<sup>92</sup>, come del

<sup>90</sup> Art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, ultima parte.

<sup>91</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 65.

<sup>92</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 64, in cui la Commissione sottolinea come l'art. 107, par. 3), lett. c) TFUE, "impone ... di valutare l'effetto distorsivo sulle condizioni degli scambi" e ancora l'effetto distorsivo negli scambi tra Stati membri che per "sua stessa natura qualsiasi misura di aiuto è destinata a generare".

resto finisce per riconoscere la Comunicazione<sup>93</sup>. D'altro canto, negli atti di *soft law* in materia è frequente il rilievo secondo cui l'aiuto potrebbe ostacolare l'ingresso nel mercato di aziende innovative e tecnologicamente più sviluppate, le quali ben potrebbero contribuire alla realizzazione degli obiettivi perseguiti in materia ambientale, climatici e di energia, pur in assenza di sovvenzioni statali. Così, gli aiuti *eleggibili* possono ampliare artificiosamente la presenza nel mercato del beneficiario.

La Comunicazione si propone, quindi, in sede di autorizzazione, di ridurre al minimo le distorsioni della concorrenza e degli scambi intranazionali, incoraggiando l'adozione di progetti di cui possano beneficiare un ampio numero di operatori economici<sup>94</sup>, o evitando che l'aiuto si realizzi in contesti di mercato che diano luogo a prezzi esorbitanti del bene o del servizio prodotto dal beneficiario. Ciò spiega, tra l'altro, come già accennato, perché la Commissione – la sua prassi applicativa lo conferma – abbia stabilito che le decisioni di autorizzazione di un certo regime non devono superare la soglia temporale di dieci anni<sup>95</sup>: restare in questo arco temporale tende a minimizzare gli effetti distorsivi.

La presunzione (*iuris tantum*) di alterazione del mercato e degli scambi non è priva di implicazioni per le autorità nazionali che procedono alla notifica preventiva di un regime o di una misura individuale. Tenuto conto altresì dell'interesse indiretto dei (potenziali) beneficiari – che, si noti, spesso concorrono alla redazione dei moduli trasmessi alla Commissione – la *presunzione di alterazione* fa sì che al modulo e alle schede di informazioni supplementari sia in concreto demandata la funzione di dimostrare che l'effetto distorsivo sulla concorrenza e sugli scambi, derivante dall'intensità della misura notificata *non alteri oltremisura* il libero gioco della concorrenza. Talvolta la Commissione indica, tra le varie for-

<sup>93</sup> Ad esempio, là dove si rileva che l'aiuto può avere "l'effetto indesiderato di compromettere i meccanismi di mercato che premiano i produttori più efficienti e innovativi", in particolare quando si benefici temporaneamente l'uso di combustibili fossili che potrebbero bloccare tecnologie più pulite nel medesimo torno di tempo (cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 67).

<sup>94</sup> Il punto è dunque presente anche nella Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 67 e 68.

<sup>95</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 70, pur essendo possibile regimi più lunghi, a certe condizioni (par. 76).

me eleggibili di aiuto, che è necessario subordinarne la concessione a una cerchia ampia di soggetti economici, da selezionare tramite procedura concorrenziale elettronica, poiché così si realizza un effetto distorsivo minore<sup>96</sup>. L'indicazione è poco convincente perché la selezione elettronica rischia di favorire la capacità organizzativa del beneficiario, a scapito di altri interessati, eventualmente meno organizzati a partecipare a gare su piattaforme, che tuttavia potrebbero offrire migliori *performances* ambientali.

Comunque sia, per dimostrare la non eccessiva alterazione del mercato converrà insistere, nella documentazione notificata, non solo e non tanto sulla necessità dell'aiuto – senza il quale le finalità ambientali non si determinerebbero versandosi in un contesto di fallimento del mercato, come pure è scritto nella Comunicazione<sup>97</sup> – quanto e soprattutto sull'adeguatezza dell'intensità dell'aiuto previsto che va provata sotto un triplice profilo:

i) l'assenza di strumenti alternativi di intervento<sup>98</sup>;

ii) l'inesistenza di misure che comportino minori alterazioni del mercato: si pensi, a titolo esemplificativo, alla dimostrazione che l'aiuto costituito da crediti di imposta o anticipi rimborsabili non sia praticabile rispetto alle sovvenzioni dirette, le quali nella logica della Comunicazione restano l'*extrema ratio* appunto perché ritenuti strumenti che comportano una maggiore alterazione del mercato<sup>99</sup>;

iii) la riduzione al minimo dell'aiuto al beneficiario, il quale è di regola chiamato a contribuire con apporti finanziari ai costi degli investimenti necessari per realizzare gli obiettivi ambientali, in una logica di *burden sharing* e di compensazione per il sostegno ricevuto.

L'aiuto deve inoltre conseguire detti obiettivi nel modo meno distorsivo possibile, essendo *buono*, o meglio *utile*, soltanto l'aiuto i cui effetti sul mercato interno sono "limitati al minimo necessario per realizzare il progetto o l'attività sovvenzionati": in principio, l'aiuto deve dunque essere commisurato al solo *deficit di finanziamento* necessario per conseguire l'obiettivo ambientale "rispetto a uno scenario controfattuale in

<sup>96</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 66.

<sup>97</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 34 a 38.

<sup>98</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 40 a 42.

<sup>99</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 43-46.

cui non sono concessi aiuti”, intendendosi per deficit la “differenza tra i ricavi e i costi economici (compresi l’investimento e il funzionamento) del progetto sovvenzionato e quelli del progetto alternativo che verosimilmente il beneficiario realizzerebbe in assenza di aiuti”<sup>100</sup>. In definitiva, di regola l’intensità dell’aiuto deve avere una *dimensione minima* e non coprire per intero il costo del progetto o dell’attività, salvo che la Comunicazione non preveda diversamente come per gli aiuti alla *nature restoration* (riparazione di danni ambientali, al ripristino di habitat naturali, degli ecosistemi ecc.). La prova può essere fornita in vario modo nel quadro dei consueti scenari economici fattuale e controfattuale.

*c) Il balancing test: la maggiore valenza degli effetti positivi (l’effetto incentivante) su quelli negativi (alterazione del mercato)*

Nel tempo la prassi applicativa ha evidenziato che la Commissione valuta la compatibilità dell’aiuto sulla base anche di un’operazione di bilanciamento: l’aiuto è autorizzabile soltanto se gli effetti positivi (l’effetto incentivante sulle attività economiche affinché contribuiscano alla tutela dell’ambiente e alla realizzazione degli obiettivi europei previsti su clima ed energia) superano quelli negativi, ossia distorsivi della concorrenza e degli scambi<sup>101</sup>. Il punto di equilibrio si raggiunge quando è *stabilito e dimostrato* che l’aiuto contribuisce in modo sostanziale al conseguimento degli obiettivi ambientali, senza arrecare un danno significativo al mercato interno. Di nuovo l’analisi economica degli scenari di mercato è decisiva e, al riguardo, è importante che il test sia condotto dalle autorità statali in chiave qualitativa e, nella misura massima possibile, in ragione di dati quantitativi in relazione agli scenari fattuale e controfattuale.

Come già accennato, al fine di superare il test in questione, le autorità statali notificanti dovranno dedicare particolare attenzione alla virtuosità dell’azione imprenditoriale che la misura o il regime è destinata a produrre nel tempo: se per contro il beneficio è soltanto temporaneo o se il sostegno è rivolto all’uso di combustibili fossili (salvo che l’incentivo non sia parte di un più ampio e cadenzato piano di decarbonizzazione), a fronte di prolungate distorsioni alla concorrenza e agli scambi, la valutazione della Commissione tenderà ad essere negativa ovvero la relativa

<sup>100</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022*, cit., par. 48.

<sup>101</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022*, cit., par. 73.

decisione, ancorché positiva, sarà temporalmente ridotta rispetto alla richiesta statale<sup>102</sup>.

## 6. *Considerazioni conclusive*

La nuova Comunicazione sugli aiuti di stato in materia ambientale offre spunti interessanti per approfondire la prassi delle misure nazionali eticamente *utili* per realizzare gli obiettivi del *Green Deal*, per ricostruire un ambiente sano a tutela della salute pubblica e per fronteggiare la fragilità energetica del continente europeo, perseguendo così la neutralità climatica entro il 2050, e gli altri obiettivi che l'Unione si è prefissa in tema di energia e trasporti entro il 2030. Si consolida vieppiù l'idea che alcune forme di aiuti di stato sono essenziali per indurre vasti settori industriali a compiere investimenti *verdi*. L'intervento statale è ritenuto vantaggioso perché, a certe condizioni giuridiche predefinite, il costo della misura *ad hoc* o dello schema di aiuto è giudicato dalla Commissione auspicabile perché considerato inferiore a quello che si produrrebbe sull'ambiente in assenza di misure di sostegno all'imprenditoria. La normativa sugli aiuti di stato, come modellata nella Comunicazione, profila un bilanciamento tra costi (integrità del libero mercato) e benefici generali (nella specie ambientali) espresso nelle scelte pubbliche permesse dalla versatilità della normativa stessa, la quale assume caratteri *orientati* dall'istituzione.

Così, nonostante la disciplina sugli aiuti di stato intenda contenere i sussidi alle imprese, la Commissione assume un ruolo proattivo e, utilizzando gli spazi discrezionali conferitile dai Trattati, incoraggia il coinvolgimento delle imprese, come già dimostra una delle prime applicazioni della Comunicazione<sup>103</sup>. L'azione pubblica dell'Unione assume caratteri etico-utilitaristici in quanto volta a realizzare un fine superiore costituito dalla protezione della *societas* europea, della salute pubblica, ma anche delle future generazioni, perseguendo l'equità intergenerazionale<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 73, 74 e 76.

<sup>103</sup> Si allude all'approvazione di uno schema italiano (ma finanziato con i fondi PNRR) di aiuto di 500 milioni di euro destinati ad aiutare le aziende di trasporto marittimo per l'acquisto di "clean and zero-emission vessels, as well as to retrofit more polluting vessels" (v. European Commission – Press release, *State aid: Commission approves € 500 million Italian scheme to improve environmental performance of vessels*, Brussels, 11 November 2022).

<sup>104</sup> Cfr. B. LEWIS, *The Rights of Future Generations within the Post-Paris Climate Re-*

A queste finalità pubblicistiche sono dunque chiamate a concorrere le politiche industriali degli Stati membri, i quali verosimilmente potranno vedersi autorizzate molte misure di aiuto. Il punto debole di un simile approccio è costituito dal rischio di alterazione del mercato, complessivamente considerato, perché le misure nazionali saranno più facilmente accessibili agli Stati membri dotati di maggiori risorse pubbliche da destinare all'imprenditoria rispetto a quelli il cui debito pubblico è più gravoso.

La Comunicazione ruota, come si è visto, intorno a vari assi portanti: l'ampia sfera di applicazione si estende al mondo produttivo in generale, includendovi il settore dei trasporti e l'energia, ma con l'esclusione degli aiuti alla produzione di energia nucleare; il rispetto dell'*acquis*, della trasparenza e del principio chi inquina paga restano prioritari; la definizione dei costi eleggibili, che risulta differenziata a seconda delle categorie di aiuto, è declinata in vario modo nelle tredici forme di aiuto previste; persiste l'orientamento più favorevole per le piccole e medie imprese. Inoltre, l'aiuto deve, di regola, facilitare gli investimenti privati e non sostituirsi ad essi, realizzare obiettivi di comune interesse, essere necessario, appropriato e produrre un concreto *effetto incentivante*, oltre che proporzionato e non suscettibile di alterare eccessivamente la concorrenza e gli scambi.

Si conferma infine che la base giuridica degli aiuti in questo settore è l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, con una interessante conseguenza teorico-concettuale che pare emergere. L'indagine ha messo in luce un originale fenomeno operante sul piano interpretativo: tale disposizione assume e fa propri i contorni definiti nella Comunicazione nei limiti, s'intende, della sua sfera di applicazione. In effetti, i *frammenti* normativi del diritto primario in materia di aiuti di Stato – *in primis* i principi e le condizioni emersi progressivamente nella prassi giurisprudenziale e applicativa – si accostano alla Comunicazione in una logica di reciproca integrazione. Di conseguenza, ancorché il principio della gerarchia delle fonti restringa la valenza degli atti di *soft law* così come il potere discrezionale della Commissione, il diritto primario assume contorni evolutivi che si delineano sulla base degli obiettivi eticamente utili perseguiti dall'azione pubblica a favore dell'ambiente. Tale questione, certamente di ordine ge-

*gime*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, 69-87; M.E. HARRIS, *Inter-generational interests in European environmental liability regimes*, in *é-publica*, vol. 9, n. 3, 261-293, reperibile on line <https://e-publica.pt/article/57635-inter-generational-interests-in-european-environmental-liability-regimes>.

nerale, meriterebbe di essere approfondita sul piano teorico, valutando in particolare l'influenza (presumibilmente non di poco momento) della Commissione sull'interpretazione della normativa sugli aiuti di Stato.