

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JULIANE KOKOTT

presentate il 26 maggio 2011¹

I — Introduzione

1. Ci si chiede se si possa agire contro la pubblica amministrazione in forza di una fidejussione, qualora l'amministrazione stessa l'abbia anteriormente concessa in violazione delle disposizioni del diritto dell'Unione relative agli aiuti di Stato e senza autorizzazione della Commissione europea. Questo è, in sostanza, il problema giuridico del quale la Corte è investita nel caso di specie.

2. Un ente del Comune olandese di Rotterdam garantiva nel 2003, in circostanze non chiare, un prestito di poco più di 23 milioni di euro concesso dall'impresa Residex all'impresa Aerospace. Non avendo la Aerospace rimborsato completamente il prestito, la Residex faceva valere la garanzia prestata dal Comune e, alla fine del 2004, lo conveniva in giudizio per il pagamento di più di 10 milioni di euro. Il Comune si è difeso dinanzi al giudice sostenendo, in particolare, che la garanzia in questione sarebbe stata concessa in violazione del

diritto dell'Unione e, pertanto, sarebbe inefficace sul piano del diritto civile.

3. La Corte viene ora investita della questione se il diritto della concorrenza dell'Unione europea — più precisamente, la clausola di sospensione relativa agli aiuti di Stato di cui all'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE — consenta o addirittura imponga ad un giudice nazionale di considerare inefficace una garanzia prestata da un Comune, non notificata alla Commissione europea e non autorizzata da quest'ultima.

II — Contesto normativo

A — *Diritto dell'Unione*

4. Il contesto di diritto dell'Unione inerente al presente caso è determinato dall'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE (già art. 88, n. 3, ultimo periodo, CE). Per completezza, vanno richiamate le comunicazioni con cui la

¹ — Lingua originale: il tedesco.

Commissione europea, quale autorità preposta alla concorrenza dell'Unione europea, espone la propria prassi amministrativa e la propria opinione giuridica relativamente a determinate questioni inerenti alla normativa in materia di aiuti. Nel caso in esame rilevano la comunicazione sulle garanzie e la comunicazione sul ruolo dei giudici nazionali.

ottiene un vantaggio. (...) Senza la garanzia statale egli talvolta non sarebbe in grado di trovare un istituto finanziario disposto a concedergli un prestito ad alcuna condizione. (...)».

7. Nella sezione «2.3. Aiuti concessi al mutuante» si aggiunge tuttavia:

La comunicazione sulle garanzie

5. Dalla «comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE [attualmente articoli 107 e 108 TFUE] agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie» pubblicata nel 2008² (in prosieguo: la «comunicazione sulle garanzie») risulta che una garanzia concessa dall'autorità pubblica per un prestito o per altra obbligazione finanziaria può costituire un aiuto sia per il mutuatario sia per il mutuante.

6. A tal riguardo, la sezione «2.2. Aiuti concessi al mutuatario» è così formulata:

«Di solito il beneficiario degli aiuti è il mutuatario. (...) Quando il mutuatario non è tenuto a pagare il premio, o paga un premio basso,

«2.3.1. Sebbene di norma il beneficiario dell'aiuto sia il mutuatario, non può escludersi che in talune circostanze anche il mutuante fruisca direttamente di un aiuto statale. Ad esempio, un aiuto al mutuante può segnatamente sussistere, per effetto dell'aumento della copertura da cui è assistito il credito, nell'ipotesi in cui una garanzia statale venga concessa a posteriori per un prestito o per altra obbligazione pecuniaria preesistente, senza un'adeguata modifica delle loro condizioni, oppure nell'ipotesi in cui il prestito garantito venga utilizzato per rimborsare un prestito non garantito al medesimo istituto di credito. (...)».

2.3.2. Le garanzie si differenziano dagli altri provvedimenti di aiuto statale, quali i contributi o le esenzioni fiscali, in quanto implicano l'instaurazione di un rapporto giuridico tra lo Stato ed il mutuante. Di conseguenza è necessario esaminare le possibili conseguenze per soggetti terzi qualora lo Stato abbia concesso un aiuto illegale. (...) La questione relativa all'eventuale incidenza dell'illegittimità dell'aiuto sul rapporto giuridico instaurato tra lo Stato ed i soggetti terzi deve essere esaminata

2 — GU C 155, pag. 10.

secondo il diritto nazionale. I giudici nazionali potrebbero essere chiamati ad esaminare se il diritto nazionale precluda l'adempimento dei contratti di garanzia e, nell'ambito di tale esame, essi dovrebbero tener conto, secondo la Commissione, della violazione del diritto [dell'Unione]. (...)».

8. Per quanto attiene alle «condizioni che escludono l'esistenza di aiuti», nella sezione 3.1. della comunicazione sulle garanzie sotto il titolo «Considerazioni generali» così si legge:

«Se una garanzia [statale] ad hoc (...) non determina[no] un vantaggio per un'impresa, essi non costituiscono aiuto di Stato.

(...)».

9. Già la precedente versione della comunicazione sulle garanzie³ del 2000 conteneva formulazioni sostanzialmente del medesimo tenore.

3 — Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie (GU 2000, C 71, pag. 14); v. in particolare le sezioni 2.1.1, 2.2.1, 2.2.2 e 6.5.

La comunicazione sul ruolo dei giudici nazionali

10. Nella «comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali»⁴ (in prosieguo: la «comunicazione sul ruolo dei giudici nazionali») si trova la sezione 2.2 sugli «[a]iuti di Stato illegali».

11. In essa, la sottosezione «2.2.1. Sospensione del pagamento dell'aiuto illegale» è così redatta:

«28. I giudici nazionali sono tenuti a tutelare i diritti dei singoli lesi da violazioni della clausola sospensiva. I giudici nazionali devono quindi trarre tutte le opportune conseguenze giuridiche, in conformità del diritto nazionale, in caso di violazione [dell'art. 108, n. 3, TFUE] (...). Tuttavia, gli obblighi di tutela delle giurisdizioni nazionali non si limitano agli aiuti illegali già versati, ma si estendono anche ai casi in cui il pagamento di un aiuto illegale sia imminente. (...) Laddove sia imminente l'erogazione di un aiuto illegale, il giudice nazionale è quindi tenuto a impedire che tale pagamento abbia luogo.

(...)».

4 — GU 2009, C 85, pag. 1.

12. Nella sottosezione «2.2.2. Recupero di aiuti illegali» si aggiunge inoltre:

«30. In caso di aiuti concessi illegittimamente, il giudice nazionale deve trarre tutte le conseguenze giuridiche derivanti da tale illegittimità in base al diritto nazionale. Di conseguenza, il giudice nazionale, in linea di principio, deve esigere dal beneficiario il rimborso integrale dell'aiuto di Stato illegale (...)».

B — *Diritto nazionale*

13. Nella normativa olandese risulta rilevante l'art. 3:40, n. 2, del *Burgerlijk Wetboek*⁵ (codice civile olandese; in prosieguo: il «BW»), che così recita:

«Il contrasto con una norma imperativa determina la nullità del negozio giuridico ovvero solo la sua annullabilità, se la disposizione è volta esclusivamente alla tutela di una delle parti di un negozio plurilaterale; ciò vale solo nella misura in cui non risulti diversamente dalla ratio della disposizione».

5 — Codice civile olandese.

III — **Fatti e causa principale**

14. Nel 2001 la Residex Capital IV C.V. (in prosieguo: la «Residex») acquisiva una partecipazione nella MD Helicopters Holding N.V. (in prosieguo: la «MDH»), società controllata della RDM Aerospace N.V. (in prosieguo: la «Aerospace»)⁶. Nel contempo alla Residex era stata concessa un'opzione di vendita che le consentiva di rivendere successivamente alla Aerospace, a determinate condizioni, la sua partecipazione nella MDH.

15. Nel febbraio del 2003 la Residex esercitava tale opzione di vendita. La Residex non si faceva peraltro liquidare successivamente il corrispettivo della vendita ad essa spettante, bensì convertiva, nel marzo del 2003, il rispettivo credito di circa 8,5 milioni di euro in un finanziamento alla Aerospace. La Residex metteva inoltre a disposizione di quest'ultima, a titolo di prestito, l'ulteriore somma di 15 milioni di dollari⁷. Conseguentemente, il finanziamento complessivamente erogato alla Aerospace dalla Residex ammonta a circa 23 milioni di euro.

16. La concessione di detto finanziamento era stata evidentemente determinata dalla condotta dell'allora direttore dell'autorità portuale del Comune di Rotterdam⁸, che aveva offerto alla Residex una fideiussione da parte dell'autorità portuale per un prestito che la Residex avrebbe concesso alla Aerospace. Nel marzo del 2003 l'autorità portuale del comune di Rotterdam concedeva effettivamente alla Residex una fideiussione fino all'importo massimo di EUR 23 012 510, oltre

6 — Si tratta di tre società di diritto olandese.

7 — All'epoca circa 13,9 milioni di euro.

8 — Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam.

alle spese connesse al finanziamento e agli interessi.

17. Secondo quanto rilevato dal giudice del rinvio, in assenza di tale garanzia, che non era stata notificata alla Commissione europea e conseguentemente neppure da essa autorizzata, la Aerospace non avrebbe potuto ottenere un finanziamento di tale importo.

18. La Aerospace, secondo quanto sostiene la Residex, ha rimborsato il prestito solo fino all'importo di EUR 16 000 000. Pertanto, nel dicembre del 2004, la Residex richiedeva al comune di Rotterdam, in forza della fideiussione prestata, l'importo di EUR 10 240 252, oltre agli interessi e alle spese di incasso. Il Comune rifiutava però il pagamento.

19. Nel giudizio fra la Residex e il Comune di Rotterdam è ora anzitutto controversa la questione relativa all'efficacia della fideiussione prestata dall'autorità portuale comunale. Da un lato, la questione iuris verte sul potere di rappresentanza del direttore dell'autorità portuale e sulla compatibilità della fideiussione con la normativa comunale. Dall'altro lato, il Comune fa valere l'inefficacia della garanzia per contrasto con il divieto di aiuti di Stato dettato dal diritto dell'Unione. Inoltre, il Comune contesta il credito fatto valere dalla Residex anche sotto il profilo del quantum.

20. Sia nel procedimento di primo grado dinanzi al Rechtbank Rotterdam, sia nel procedimento di appello dinanzi al Gerechtshof

te 's-Gravenhage la Residex è risultata soccombente. Sulla base dell'art. 3:40, n. 2, del BW, entrambi i giudici hanno affermato che la garanzia era nulla, poiché essa costituirebbe un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE (attualmente art. 107, n. 1, TFUE) e non sarebbe stata notificata alla Commissione europea, contrariamente a quanto disposto dall'art. 88, n. 3, CE (attualmente art. 108, n. 3, TFUE).

21. A seguito di ricorso per cassazione proposto dalla Residex, la causa principale è attualmente pendente dinanzi allo Hoge Raad der Nederlanden, il giudice del rinvio.

IV — Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

22. Con sentenza 28 maggio 2010, depositata presso la Corte il 2 giugno 2010, lo Hoge Raad ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

Se il disposto dell'ultima frase dell'art. 88, n. 3, CE, attualmente divenuto art. 108, n. 3, TFUE, in una fattispecie come quella in esame, in cui l'aiuto di Stato ha avuto attuazione in quanto al mutuante è stata concessa una garanzia, con la conseguenza che il mutuatario ha potuto ottenere dal mutuante medesimo un credito che in normali condizioni di mercato non avrebbe potuto ottenere, implichi che il

giudice nazionale, nell'ambito del proprio obbligo di eliminare le conseguenze di siffatto aiuto illegittimo, abbia l'obbligo o la facoltà di revocare la garanzia, anche se ciò non implichi anche il recupero del credito concesso in forza di detta garanzia.

dei governi intervenuti e anche della Commissione vengono prospettate soluzioni con «distinguo» e sfumature differenti.

23. Nel procedimento dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte e orali la Residex, il Comune di Rotterdam, il governo danese, il governo tedesco, il governo dei Paesi Bassi, nonché la Commissione europea.

26. Nel prosieguo, desidero suggerire parimenti alla Corte una soluzione differente.

A — Osservazioni preliminari

V — Analisi

24. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale lo Hoge Raad chiede, in sostanza, se l'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE consenta o addirittura imponga ad un giudice nazionale di considerare inefficace una garanzia comunale non notificata alla Commissione europea e non autorizzata da quest'ultima.

27. Tutto ciò che si conosce dei fatti sottesi alla causa principale lascia intendere che la garanzia controversa costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, n. 1, TFUE (già art. 87, n. 1, CE), il quale non è stato notificato alla Commissione e da questa neppure autorizzato. Si tratta, pertanto, di un *aiuto illegittimo per motivi procedurali* concesso in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE (già art. 88, n. 3, ultimo periodo, CE). Nessuna delle parti ha messo in discussione detta conclusione dinanzi alla Corte.

25. A questo proposito le opinioni delle parti interessate divergono. Mentre la Residex, come ricorrente nella causa principale, sostiene naturalmente l'efficacia della garanzia e il Comune di Rotterdam, come resistente, la contesta in maniera altrettanto ferma, nelle osservazioni presentate dalla maggior parte

28. Diversamente, ad esempio, da quanto previsto nel settore della normativa europea sulla concorrenza (v. art. 101, n. 2, TFUE), è pur vero che le disposizioni dei trattati europei sugli aiuti di Stato non disciplinano espressamente gli effetti giuridici di diritto civile conseguenti ad una violazione dell'obbligo di notificazione e della clausola di sospensione

relativi agli aiuti (art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE). Ciò non significa, tuttavia, affatto che una violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE rimanga senza conseguenze.

29. Infatti, il diritto dell'Unione impone che i giudici nazionali dispongano provvedimenti atti a rimediare concretamente agli effetti dell'illegalità⁹. Secondo costante giurisprudenza, i giudici nazionali devono pertanto garantire che dalla violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, saranno tratte tutte le conseguenze previste dal rispettivo diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti di attuazione delle misure d'aiuto, sia per quanto attiene al recupero dei contributi finanziari concessi in violazione di tale norma¹⁰.

30. Ciò comporta, di regola, che tutti i negozi giuridici — non da ultimi i contratti di diritto

civile — conclusi nel contesto della concessione di aiuti di Stato illegittimi per motivi procedurali, devono essere considerati inefficaci o invalidi. La Corte ha affermato che la validità degli atti che comportano l'attuazione di misure d'aiuto «è inficiata dall'inosservanza, da parte delle autorità nazionali, del divieto di dare attuazione ad aiuti senza l'approvazione della Commissione»¹¹.

31. In tal modo si intende garantire, anzitutto, che non venga mai data esecuzione ad un aiuto incompatibile con il mercato interno¹². Nel caso in cui, nondimeno, un aiuto sia stato concesso in violazione dell'obbligo di notificazione e della clausola di sospensione, si intende quantomeno garantire che il vantaggio risultante venga sottratto al beneficiario e venga rimediato agli effetti dell'illegalità dell'aiuto, affinché non si verifichi o addirittura si radichi alcuna distorsione della concorrenza¹³. Deve essere quindi ripristinata la situazione precedente¹⁴.

9 — Sentenze 12 febbraio 2008, causa C-199/06, CELF e Ministre de la Culture et de la Communication (Racc. pag. I-469, punto 46), e 18 dicembre 2008, causa C-384/07, Wienstrom (Racc. pag. I-10393, punto 28); nello stesso senso già la sentenza 5 ottobre 2006, causa C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich e a. («Transalpine Ölleitung», Racc. pag. I-9957, punto 50).

10 — Sentenze Transalpine Ölleitung (cit. alla nota 9, punto 47), e CELF (cit. alla nota 9, punto 41; v. ivi anche punto 45); nello stesso senso già in precedenza sentenze 21 novembre 1991, causa C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon («FNCE», Racc. pag. I-5505, punto 12); 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI e a. (Racc. pag. I-3547, punto 40); 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, van Calster e a. (Racc. pag. I-12249, punto 64), nonché 21 luglio 2005, causa C-71/04, Xunta de Galicia (Racc. pag. I-7419, punto 49). V. inoltre punto 30 della comunicazione sul ruolo dei giudici nazionali.

11 — V. a tal proposito sentenze FNCE (cit. supra, nota 10, punti 12 e 17), e 20 settembre 2001, causa C-390/98, Banks (Racc. pag. I-6117, punto 73).

12 — Questo è il cosiddetto «fine cautelare» ovvero la «prevenzione» su cui è fondato l'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE; v. al riguardo sentenza CELF (cit. alla nota 9, punti 47 e 48).

13 — In tal senso v. sentenze CELF (cit. supra, nota 9, punti 38 e 46) e Transalpine Ölleitung (cit. supra, nota 9, punti 46 e 50); analogamente già le sentenze Banks (cit. supra, nota 11, punto 75), nonché 15 dicembre 2005, causa C-148/04, Unicredito Italiano (Racc. pag. I-11137, punto 113).

14 — In tal senso v. sentenze 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione («Tubemeuse», Racc. pag. I-959, punto 66); 20 marzo 1997, causa C-24/95, Alcan Deutschland (Racc. pag. I-1591, punto 23); Unicredito Italiano (cit. supra, nota 13, punto 113), e 20 maggio 2010, causa C-210/09, Scott e Kimberly Clark (Racc. pag. I-4613, punto 31).

32. Non è tuttavia chiaro se, nel caso di una garanzia pubblica concessa per un prestito privato, la declaratoria di inefficacia della garanzia da parte del giudice nazionale sia in ogni caso idonea e necessaria a concorrere al conseguimento di tali obiettivi.

33. Come già esposto nell'ordinanza di rinvio, ciò dipende in misura determinante dal fatto se il mutuante — nel caso di specie, quindi, la Residex — debba essere considerata come (co)beneficiaria dell'aiuto (a tal riguardo v. infra il capitolo C) oppure se l'aiuto operi a vantaggio esclusivo del mutuatario — nel caso di specie, la Aerospace — (al riguardo, v. direttamente in prosieguo il capitolo B)¹⁵.

B — La situazione di diritto nell'ipotesi in cui la garanzia non procuri alcun vantaggio al mutuante

34. Il giudice del rinvio — al pari della Residex, del Comune di Rotterdam e del governo danese — sembra muovere dal presupposto che, nel caso in esame, solo la Aerospace, quale mutuataria, abbia tratto un vantaggio economico dalla garanzia comunale e risulti, pertanto, beneficiaria dell'aiuto.

15 — Sembra che la Corte abbia collocato tale distinzione a base del proprio ragionamento nella sentenza 24 ottobre 1996, cause riunite C-329/93, C-62/95 e C-63/95, Germania e a./Commissione («Bremer Vulkan», Racc. pag. I-5151, punto 56); dalla sentenza si evince che un'impresa coinvolta in un'operazione di prestito può essere considerata quale beneficiaria dell'aiuto solo se ne ha ottenuto un proprio vantaggio economico.

35. Si deve ritenere sussistente un vantaggio di tal genere a favore del mutuatario laddove questi non sia tenuto a corrispondere per la garanzia alcuna provvigione oppure sia tenuto a corrispondere solo una provvigione inferiore a quella normalmente praticata sul mercato¹⁶. Se la situazione finanziaria del mutuatario è talmente precaria da non poter più ottenere sul mercato alcun finanziamento, deve essere allora eventualmente considerata come suo vantaggio economico addirittura l'importo complessivo coperto dalla garanzia¹⁷.

36. A prescindere dalla questione se quale beneficio per la Aerospace debba essere considerato, nel caso di specie, solo il vantaggio derivante dalla provvigione ridotta rispetto ad una fideiussione concessa a condizioni di mercato ovvero l'importo complessivo garantito¹⁸: l'accertamento dell'inefficacia della fideiussione ad opera del giudice del rinvio, in re ipsa, non comporterebbe la sottrazione all'impresa beneficiaria — nel caso in esame, la Aerospace — del vantaggio ottenuto in forza della garanzia. Infatti, l'inefficacia della garanzia non determinerebbe necessariamente per la Aerospace la perdita dell'importo

16 — Comunicazione sulle garanzie, sezione 2.2.

17 — Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-288/96, Germania/Commissione («Jadekost», Racc. pag. I-8237, punto 31); nello stesso senso anche la Commissione nella sua comunicazione sulle garanzie, sezione 4.1, lett. a): «se la probabilità che il mutuatario non possa rimborsare il prestito diventa particolarmente elevata, tale tasso di mercato può non esistere ed in circostanze eccezionali l'elemento di aiuto della garanzia può rivelarsi elevato quanto l'importo effettivamente coperto da tale garanzia».

18 — Nel caso di specie, lo Hoge Raad sottolinea che la Aerospace, mutuataria, «a seguito della concessione di una garanzia a favore del mutuante ha da questo ottenuto un prestito che non le sarebbe stato messo a disposizione in condizioni normali di mercato». Ciò legittima la conclusione che la Aerospace non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato neanche la stessa garanzia — e non solo a condizioni meno convenienti.

finanziato, né la Aerospace sarebbe tenuta, in caso di inefficacia della garanzia, a corrispondere automaticamente una provvigione al Comune di Rotterdam.

37. Ciò premesso, si pone la questione se possa risultare giustificato, in base alla ratio dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, consentire che a carico del mutuante si verifichi una conseguenza così grave quale l'inefficacia della garanzia. Nel procedimento dinanzi alla Corte, tale problematica è stata discussa sotto diversi profili, sui quali mi soffermerò brevemente in prosieguo.

1. Sulla sentenza Commissione/Portogallo: «Eliminazione per effetto di recupero»

38. In primo luogo, lo stesso giudice del rinvio si richiama, in tale contesto, alla sentenza Commissione/Portogallo¹⁹. Esso nutre dubbi su come detta sentenza debba essere interpretata. Ad avviso di alcune parti ne dovrebbe discendere che una garanzia statale illegittima secondo il diritto dell'Unione debba essere considerata ovvero dichiarata inefficace.

39. Tale tesi non appare convincente.

40. Nella causa Commissione/Portogallo si trattava dell'impresa EPAC²⁰, una società per azioni di proprietà pubblica operante nel settore dell'agricoltura. Nel 1996 la Repubblica portoghese consentiva alla EPAC di contrarre un prestito fino all'importo massimo di 50 miliardi di PTE²¹ con un consorzio bancario privato, assistito da garanzia statale per l'importo di 30 miliardi di PTE²². Con decisione 9 luglio 1997, 97/762/CE, la Commissione ordinava alla Repubblica portoghese «di [sopprimere] gli aiuti concessi a favore dell'EPAC»²³. Non avendo il Portogallo ottemperato a tale decisione, su ricorso della Commissione, nella sentenza Commissione/Portogallo la Corte dichiarava l'inadempimento.

41. È pur vero che, sia nella decisione della Commissione 97/762, sia nella sentenza Commissione/Portogallo, si parla della «soppressione» dell'«aiuto»²⁴, laddove per «aiuto» si intende la garanzia concessa dallo Stato portoghese²⁵. Tuttavia, da un'analisi più

20 — Empresa Para a Agroalimentação e Cereais SA.

21 — Al 26 luglio 1996, allorché la EPAC era stata autorizzata dallo Stato portoghese alle trattative inerenti all'accensione del mutuo, 50 miliardi di PTE corrispondevano all'incirca a 255,2 milioni di ECU (in base al tasso di cambio pubblicato in GU 1996, C 218, pag. 1), ove un ECU corrisponde oggi ad un euro.

22 — Al 30 settembre 1996, giorno della concessione della garanzia, i 30 miliardi di PTE corrispondevano all'incirca a 153,7 milioni di ECU (in base al tasso di cambio pubblicato in GU 1996, C 288, pag. 1), ove un ECU corrisponde oggi ad un euro.

23 — Artt. 1 e 2, n. 1, della decisione della Commissione 9 luglio 1997, 97/762/CE, relativa alle misure adottate dal Portogallo in favore dell'impresa EPAC (GU L 311, pag. 25), riportati al punto 16 della sentenza Commissione/Portogallo (cit. supra, nota 19).

24 — Sentenza Commissione/Portogallo (cit. supra, nota 19, punti 16 e 38).

25 — Sentenza Commissione/Portogallo (cit. supra, nota 19, punto 47).

19 — Sentenza 27 giugno 2000, causa C-404/97, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-4897).

attenta emerge che per «soppressione» della garanzia si intendeva, in realtà, il *recupero del vantaggio consistente nell'interesse agevolato* ottenuto dalla EPAC per effetto della garanzia statale rispetto al tasso di interesse normalmente praticato sul mercato²⁶.

42. La sentenza Commissione/Portogallo verteva pertanto, in definitiva, solo sul fatto che lo Stato portoghese avrebbe dovuto attivarsi nel rapporto con il mutuatario — dunque nei confronti della EPAC — al fine di revocare il beneficio economico illegittimamente conseguito — vale a dire, il tasso di interesse agevolato²⁷. In nessun passo della sentenza Commissione/Portogallo si fa cenno ad un obbligo ulteriore del Portogallo di sopprimere di per sé la garanzia statale in contrasto con il diritto dell'Unione ovvero di dichiararla invalida, né è stato conseguentemente accertato un inadempimento del Portogallo al riguardo.

43. In termini del tutto generali, secondo costante giurisprudenza, «la *soppressione* di un

aiuto illegittimo *mediante recupero* è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità»²⁸. Il recupero di un beneficio non è, però, in alcun modo equivalente alla dichiarazione di invalidità dei negozi giuridici sottostanti.

44. Ciò premesso, non si può dedurre dalla giurisprudenza finora elaborata, in particolare dalla sentenza Commissione/Portogallo, che sussista l'obbligo di dichiarare l'invalidità di una garanzia concessa in violazione della normativa europea in materia di aiuti relativamente alla quale solo il mutuatario debba essere considerato quale beneficiario dell'aiuto.

2. Sul principio di equivalenza

45. In secondo luogo, la Commissione richiama il principio di equivalenza. Tale principio richiede, secondo costante giurisprudenza, che la complessiva disciplina dei rimedi giuridici, si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e

26 — Al punto 46 della sentenza Commissione/Portogallo (cit. supra, nota 19), la Corte fa riferimento all'«obbligo di sopprimere un aiuto illegittimo mediante il recupero»; al punto 48 della medesima sentenza, la Corte osserva che «il vantaggio finanziario da recuperare» corrisponde «alla differenza tra il costo finanziario di mercato dei prestiti bancari (...) e il costo finanziario effettivamente sostenuto dall'EPAC (...)»; v., a titolo integrativo, il punto 56 della sentenza, ove viene ulteriormente precisato cosa occorre «per ripetere il vantaggio finanziario di cui alla decisione controversa».

27 — Nella prassi seguita dalla Commissione illo tempore ci si basava sul vantaggio conseguito in termini di tasso di interesse, mentre, secondo la prassi corrente, occorrerebbe fare piuttosto riferimento al vantaggio in termini di provvigione.

28 — Sentenze Tubemeuse (cit. supra, nota 14, punto 66); Banks (cit. supra, nota 11, punto 74); Commissione/Portogallo (cit. supra, nota 19, punto 38); 29 giugno 2004, causa C-110/02, Commissione/Consiglio (Racc. pag. I-6333, punto 41); CELF (cit. supra, nota 9, punto 54), e 22 dicembre 2010, causa C-507/08, Commissione/Slovacchia (Racc. pag. I-13489, punto 42). I corsivi sono miei. Nello stesso senso anche il punto 30 della comunicazione sul ruolo dei giudici nazionali.

a quelli per infrazione del diritto interno²⁹. In altre parole, ai fini dell'attuazione del diritto dell'Unione dinanzi ai giudici nazionali non possono essere applicate condizioni meno favorevoli di quelle che riguardano l'attuazione delle corrispondenti disposizioni di diritto interno³⁰.

46. Ad avviso della Commissione, il principio di equivalenza esige di considerare inefficace una garanzia concessa in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, qualora risulti la sussistenza di norme imperative di diritto interno, la cui violazione possa ugualmente determinare, in base all'art. 3:40, n. 2, del BW, l'inefficacia di una garanzia.

47. Tale ragionamento non risulta fondato. Esso presuppone come acclarata una circostanza che in realtà è ancora oggetto di discussione, vale a dire che l'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, in considerazione della propria finalità di tutela, imponga necessariamente l'inefficacia di un aiuto concesso in violazione del diritto dell'Unione.

48. Nell'ordinamento interno possono esistere norme la cui finalità di tutela ricollegli alla

violazione di legge la conseguenza dell'inefficacia civilistica dei negozi giuridici e altre norme, per la cui violazione non è prevista una siffatta conseguenza. Si può ragionare nello stesso modo con riguardo alla violazione di disposizioni di diritto dell'Unione. È decisivo stabilire con quali disposizioni nazionali venga posto a raffronto l'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE: con quelle alla cui violazione si ricollega, per effetto della loro finalità di tutela, la conseguenza dell'inefficacia ovvero con quelle non idonee a produrre un effetto di tal genere.

49. Solo nel caso in cui già fosse appurato che la violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE debba determinare necessariamente, secondo il diritto dell'Unione, l'inefficacia di una garanzia, il principio di equivalenza produrrebbe gli effetti descritti dalla Commissione. Dato che però, nel presente procedimento, deve essere anzitutto acclarato se il diritto dell'Unione imponga necessariamente l'inefficacia di una garanzia, l'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE non può essere equiparato a priori, ai sensi dell'art. 3:40, n. 2, del BW, ad altre norme interne di divieto.

50. Il ricorso al principio di equivalenza non è dunque pertinente nel caso in esame.

29 — Sentenze 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor (Racc. pag. I-8559, punto 62); 26 gennaio 2010, causa C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales (Racc. pag. I-635, punto 33), e 15 aprile 2010, causa C-542/08, Barth (Racc. pag. I-3189, punto 19).

30 — V. in tal senso ad esempio sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral (Racc. pag. 1989, punto 5), e 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact (Racc. pag. I-2483, punto 46).

3. Sulla interdipendenza tra fideiussione e finanziamento

51. In terzo luogo, ad avviso del Comune di Rotterdam, tra la fideiussione e il finanziamento sussiste un'interdipendenza tale che l'eventuale inefficacia della garanzia comporterebbe l'immediata esigibilità del rimborso del finanziamento e il ripristino della situazione ex ante³¹. Detta circostanza deporrebbe parimenti a favore della tesi dell'inefficacia di una garanzia in contrasto con l'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, in applicazione della norma interna dell'art. 3:40, n. 2, del BW.

52. In senso contrario va obiettato che l'eventuale inefficacia della garanzia, per quanto possa determinare l'immediata esigibilità del rimborso del finanziamento, non comporta, di regola, specificamente per il mutuatario la revoca del beneficio in contrasto con il diritto dell'Unione.

53. Infatti, da un lato, la mera maturazione del diritto al rimborso non garantisce che il finanziamento venga effettivamente restituito immediatamente, tanto più quando il mutuatario si trovi comunque già in difficoltà economiche. Dall'altro, il rimborso dell'intero finanziamento andrebbe, nella maggior parte dei casi, al di là di quanto necessario ai fini dell'eliminazione del beneficio contrario al diritto dell'Unione; tale beneficio consiste di regola, come già precisato³², in una mera differenza di provvigione rispetto a quella di

mercato e soltanto in casi eccezionali si estende all'importo complessivo coperto dalla garanzia. Infine, va osservato che, in tal modo, il vantaggio concesso al mutuatario in contrasto con il diritto dell'Unione non verrebbe restituito alla pubblica amministrazione dalla quale era stato concesso sotto forma di una garanzia, ma ad un terzo — il mutuante — cui non spetta affatto tale ripartizione dei benefici e rispetto al quale tale ripartizione potrebbe generare nuove distorsioni della concorrenza.

54. Conseguentemente, neanche un'eventuale interdipendenza tra una fideiussione e il finanziamento da essa garantito comporterebbe che in caso di violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, la fideiussione debba essere necessariamente considerata inefficace.

4. Sull'impedimento della successiva attuazione dell'aiuto

55. In quarto luogo, il Comune di Rotterdam sostiene che l'inefficacia della garanzia potrebbe impedire la successiva attuazione dell'aiuto.

56. Tale argomento, tuttavia, in un caso come quello in esame, in cui il finanziamento è già stato interamente erogato, non risulta convincente.

31 — A tal proposito, il Comune invoca, da un lato, la prassi corrente dei mutuanti e, dall'altro, una clausola contenuta nel contratto di finanziamento e in concreto pattuita, nel caso in esame, tra la Residenz e la Aerospace.

32 — V. supra, paragrafo 35.

57. Se, dunque, è solo il mutuatario — nel caso di specie, la Aerospace — a dover essere considerato quale beneficiario dell'aiuto, allora la controversa misura dispositiva dell'aiuto deve ritenersi completamente attuata nel momento in cui il finanziamento assistito dalla garanzia sia stato versato. La questione se, in seguito, l'ente pubblico, in forza della garanzia concessa, possa essere convenuto in giudizio a titolo di garante nulla cambia rispetto al fatto che il mutuatario abbia ottenuto per intero e continui a conservare il proprio vantaggio anticoncorrenziale. In un caso di tal genere, l'accertamento dell'inefficacia della garanzia non può contribuire minimamente ad impedire l'attuazione dell'aiuto contrario al diritto dell'Unione.

5. Sugli eventuali obblighi di diligenza del mutuante con riguardo all'effettivo rispetto dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE

58. In quinto luogo, talune parti hanno rilevato che eventuali obblighi di diligenza del mutuante sarebbero necessari per garantire, nel miglior modo possibile, l'effetto utile dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE. Il mutuante potrebbe fare affidamento sull'esistenza della garanzia solo quando ne sia confermata dalla Commissione europea la compatibilità con il mercato interno. Qualora il mutuante versi anticipatamente il finanziamento assistito dalla garanzia, lo fa a proprio rischio.

59. Anche questo argomento non mi sembra però convincente.

60. Secondo consolidata giurisprudenza della Corte, sebbene incomba all'operatore economico diligente accertarsi che la procedura di cui all'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE sia stata osservata³³, un siffatto obbligo di diligenza basato sul diritto dell'Unione è stato tuttavia finora presunto, a quanto consta, solo nella persona dell'effettivo beneficiario dell'aiuto, ma non anche nella persona di imprese terze, le quali — come accade spesso per quanto riguarda i mutuanti³⁴ — avevano semplicemente partecipato al funzionamento del regime di aiuto, senza tuttavia esserne beneficiarie³⁵.

61. È pur vero che il Tribunale dell'Unione europea, in relazione alla summenzionata

33 — Sentenze 20 settembre 1990, causa C-5/89, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3437, punto 14); Alcan Deutschland (cit. supra, nota 14, punto 25); 11 novembre 2004, cause riunite C-183/02 P e C-187/02 P, Demesa e Territorio Histórico de Álava/Commissione (Racc. pag. I-10609, punti 44 e 45), nonché 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, Atzeni e a. (Racc. pag. I-1875, punto 64).

34 — Sul particolare caso in cui lo stesso mutuante debba essere considerato quale il beneficiario dell'aiuto, v. infra, paragrafi 69-87.

35 — V., a tal proposito, in particolare, sentenze Alcan Deutschland (cit. supra, nota 14, punto 49); Demesa e Territorio Histórico de Álava/Kommission (cit. supra, nota 33, punti 44 e 45); Atzeni e a. (cit. supra, nota 33, punti 64 e 65), nonché 22 aprile 2008, causa C-408/04 P, Commissione/Salzgitter (Racc. pag. I-2767, punto 104). Nello stesso senso anche la tesi giuridica espressa dalla Commissione nella sezione 2.3.2 della sua comunicazione sulle garanzie, ove sono discussi gli effetti dell'illegittimità dell'aiuto sul rapporto giuridico tra lo Stato e il mutuante, nel caso in cui lo stesso mutuante sia il beneficiario dell'aiuto. Null'altro può trarsi dalla più volte richiamata comunicazione della Commissione del 1983 (GU C 318, pag. 3), che, del pari, tiene conto solo del beneficiario degli aiuti illegittimi: «La Commissione informa (...) i potenziali beneficiari di aiuti statali che (...) ogni beneficiario di un aiuto concesso illegalmente (...) deve esser pronto a restituirlo».

garanzia statale portoghese³⁶, ha dichiarato, nella sua sentenza EPAC/Commissione, che incombeva anche alle banche creditrici dar prova della necessaria prudenza e diligenza e di procedere alle doverose verifiche riguardo alla legittimità dell'aiuto³⁷. Ma il Tribunale non ha motivato tale affermazione³⁸ e, in particolare, non ha tenuto conto di tutti i punti di vista che costituivano materia di discussione in detto procedimento pregiudiziale.

62. Di certo si otterrebbe il più ampio effetto dissuasivo possibile qualora, nel caso della concessione di una garanzia pubblica, gli obblighi di diligenza derivanti dalla normativa in materia di aiuti si estendessero sempre anche al mutuante che non sia di per sé beneficiario dell'aiuto. A mio avviso, tuttavia, in tal modo si andrebbe oltre quanto necessario per l'effettiva attuazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE.

63. Il fatto di accollare al mutuante i menzionati obblighi di diligenza relativamente al rispetto del diritto dell'Unione equivarrebbe ad un sostanziale trasferimento del rischio

economico connesso con la garanzia dall'autorità pubblica ad un'impresa privata che non sia, di per sé, beneficiaria dell'aiuto. Sarebbe allora il mutuante e non la pubblica amministrazione che concede la garanzia a sopportare il rischio dell'insolvenza del mutuatario. Ne deriverebbe, pertanto, per la pubblica amministrazione, un incongruo incentivo a concedere disinvoltamente garanzie che potrebbero risultare incompatibili con il diritto dell'Unione e a scaricare sostanzialmente l'onere finanziario di un eventuale annullamento dell'operazione sui mutuantii privati³⁹.

64. Nel contempo, un siffatto trasferimento del rischio sui mutuantii privati potrebbe generare un effetto dissuasivo («chilling effect») e si riverbererebbe, pertanto, negativamente sull'erogazione di capitali alle imprese — in particolare, nella forma di prestiti bancari. Quali gravi problemi possano scaturire a carico del complessivo sviluppo economico nell'Unione europea, nel caso in cui i mutuantii temporeggino nell'erogazione di prestiti alle imprese operanti nel mercato interno, sono stati mostrati in maniera particolarmente impressionante dalla recentissima crisi economica e finanziaria.

65. In tale contesto, non intravedo alcuna possibilità per la Corte di aderire, su questo punto, alla tesi giuridica sostenuta dal Tribunale nella sentenza EPAC/Commissione⁴⁰. Se

36 — A tal proposito v. supra, paragrafo 40.

37 — Sentenza del Tribunale 13 giugno 2000, cause riunite T-204/97 e T-270/97, EPAC/Commissione (Racc. pag. II-2267, punto 144); nello stesso senso, sentenza del Tribunale 13 settembre 2010, cause riunite T-415/05, T-416/05 e T-423/05, Grecia e a./Commissione (Racc. pag. II-4749, punto 354).

38 — Lo stesso vale per le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas, presentate il 28 marzo 1996 nella causa Bremer Vulkan (cit. supra, nota 15, paragrafo 102), nonché dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 28 ottobre 1999 nella causa Commissione/Portogallo (cit. supra, nota 19, paragrafo 53).

39 — V. anche sentenza CELF (cit. supra, nota 9, punto 40), in cui la Corte si è dichiarata contraria ad un'interpretazione del diritto dell'Unione che condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE (già art. 88, n. 3, ultimo periodo, CE).

40 — A tal proposito v. supra, paragrafo 61 e nota 37.

un aiuto di Stato viene versato sotto forma di una garanzia, non dovrebbero sorgere obblighi di diligenza basati sul diritto dell'Unione anche a carico della persona del mutuante che non sia di per sé beneficiario dell'aiuto.

operanti nel mercato interno («level playing field»)⁴¹.

6. Conclusione interlocutoria

66. Alla luce delle suesposte considerazioni, l'efficace attuazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato *non* postula, pertanto, di considerare una garanzia statale inefficace per violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, quando il mutuante non sia di per sé il beneficiario dell'aiuto.

68. Contrariamente alla tesi sostenuta da varie parti intervenute nel procedimento, dalla sentenza CELF non si può dedurre nulla di diverso. La Corte, in quella sede, ha affermato unicamente che il giudice nazionale può disporre il recupero di un aiuto versato in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE anche nel caso in cui esso sia stato successivamente autorizzato dalla Commissione⁴². Come è stato sostenuto in precedenza⁴³, il *recupero* del vantaggio economico ottenuto non è però in alcun modo equivalente all'*inefficacia* di diritto civile dei negozi giuridici collegati con l'aiuto.

C — La situazione di diritto nell'ipotesi in cui la garanzia procuri al mutuante un proprio vantaggio

67. Aggiungo che in un caso di tal genere non rientra neanche nel potere discrezionale del giudice nazionale di dichiarare tuttavia inefficace la garanzia in considerazione della menzionata violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE. Infatti, dal diritto della concorrenza dell'Unione non possono derivare per le imprese operanti nel mercato interno diritti e obblighi differenti a seconda dello Stato membro e del giudice nazionale competente. Piuttosto, il diritto europeo della concorrenza deve essere interpretato ed applicato in modo tale che, tramite un quadro giuridico armonizzato, valgano condizioni di parità nella concorrenza per tutte le imprese

69. Resta da esaminare la situazione di diritto nel caso in cui (anche) lo stesso mutuante sia beneficiario dell'aiuto di Stato connesso ad una garanzia.

41 — Al riguardo, v. le mie conclusioni presentate il 29 aprile 2010 nella causa C-550/07P, Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione (Racc. pag. I-8301, paragrafo 169).

42 — Sentenza CELF (cit. supra, nota 9, punto 53); nello stesso senso, sentenza Wienstrom (cit. supra, nota 9, punto 29).

43 — V. supra, paragrafi 41-43.

1. Indicatori dell'esistenza di un vantaggio proprio del mutuante

70. Il governo tedesco e la Commissione rilevano giustamente che non è necessariamente il solo mutuatario a trarre vantaggio da una garanzia concessa dalla pubblica amministrazione. Anche il mutuante, i cui crediti nei confronti del mutuatario vengano assistiti da una garanzia statale, può trarre, in forza di tale garanzia, consistenti vantaggi economici.

71. Il giudice del rinvio dovrà, pertanto, esaminare attentamente se, nella specie, oltre alla mutuataria Aerospace, non sia da considerare come beneficiario dell'aiuto anche il mutuante, vale a dire la Residex⁴⁴. Diversamente da quanto sostiene quest'ultima, i fatti constatati nella controversia principale contengono significativi elementi a favore del fatto che tale impresa, nella sua qualità di mutuante, abbia tratto effettivamente un vantaggio economico dalla garanzia comunale ai sensi della normativa in materia di aiuti di Stato.

72. Un siffatto vantaggio è di certo dovuto non solo alla circostanza che un ente del Comune di Rotterdam abbia garantito il finanziamento concesso dalla Residex. Molte imprese concludono negozi giuridici con la pubblica amministrazione — siano essi appalti, operazioni di credito o garanzie — e ognuno di

detti negozi non contiene al proprio interno necessariamente un elemento di aiuti di Stato vietato dal diritto dell'Unione⁴⁵. Specialmente nel caso di una garanzia pubblica per un finanziamento privato va osservato che se è pur vero che il mutuante ottiene, in tal modo, un'assicurazione con la quale riduce il rischio a suo carico, tuttavia, parallelamente, anche il tasso del prestito, che il mutuante concorda con il mutuatario in un caso del genere, dovrebbe essere significativamente più basso di quello di un prestito non garantito.

73. In base agli orientamenti pubblicati dalla Commissione nella sua comunicazione sulle garanzie⁴⁶, un mutuante deve essere considerato beneficiario di una garanzia statale in particolare in due ipotesi:

- qualora la garanzia venga concessa *ai fini dell'assicurazione a posteriori* di un credito preesistente del mutuante, senza che le condizioni del prestito o dell'obbligo finanziario vengano corrispondentemente adattate, oppure

⁴⁴ — I giudici di merito hanno lasciato apparentemente irrisolta tale questione nella controversia principale; v., in tal senso, paragrafo 53 delle conclusioni dell'avvocato generale Keus presentate il 12 febbraio 2010 nel procedimento di cassazione dinanzi allo Hoge Raad.

⁴⁵ — Anche la Commissione, nella sua comunicazione sulle garanzie, ritiene che non tutte le garanzie pubbliche implicino sempre ipso iure un aiuto a favore del mutuante. Anzi, dalle sezioni 2.2 e 2.3.1 della comunicazione sulle garanzie risulta che il mutuatario è normalmente il beneficiario dell'aiuto e la garanzia avvantaggia, infatti, direttamente il mutuante solo in determinate circostanze. All'udienza dinanzi alla Corte, la Commissione ha confermato tale tesi anche nel caso in esame.

⁴⁶ — A tal riguardo v. la sezione 2.3.1 della comunicazione sulle garanzie. Già la sezione 2.2.2 della comunicazione sulle garanzie del 2000 (cit. supra, nota 3) conteneva una formulazione sostanzialmente identica nel contenuto.

— qualora venga compiuta una *rinegoziazione* in modo tale che un prestito garantito sia utilizzato per rimborsare allo stesso mutuante un altro prestito non garantito.

74. Come afferma il giudice del rinvio⁴⁷, la Residex, al momento della concessione della garanzia comunale, vantava nei confronti della Aerospace un credito di milioni di euro relativo al pagamento del ricavato della rivendita di partecipazioni azionarie nella MDH che la Residex aveva restituito alla Aerospace nell'esercizio della sua opzione di vendita. Detto credito è stato convertito dalla Residex in un finanziamento alla Aerospace, grazie, in particolare, alla fideiussione prestata dall'autorità portuale di Rotterdam.

75. Tutto ciò dimostra incontestabilmente che, nel caso in esame, la fideiussione comunale è stata concessa ai fini dell'assicurazione a posteriori di un credito esistente ovvero nel quadro di una rinegoziazione, con la conseguenza che la Residex ha tratto, in forza della fideiussione comunale, un autonomo vantaggio economico ai sensi della normativa in materia di aiuti di Stato. Inoltre, non sussistono elementi per sostenere che la Residex abbia versato al Comune di Rotterdam, per la concessione della garanzia, la provvigione normalmente praticata sul mercato. Pertanto, oltre alla Aerospace, anche la Residex dovrebbe essere considerata beneficiaria dell'aiuto.

2. Conseguenze relative all'efficacia della garanzia

76. Diversamente rispetto all'ipotesi discussa supra⁴⁸, l'inefficacia della garanzia costituisce un mezzo idoneo e anche necessario per la realizzazione dell'obiettivo dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, nel caso in cui anche il mutuante, oltre al mutuatario, debba essere considerato beneficiario dell'aiuto.

77. In primo luogo, l'inefficacia civilistica della garanzia è *idonea* a realizzare l'obiettivo dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE poiché essa contribuisce a revocare al mutuante, in quanto anch'esso beneficiario dell'aiuto, il vantaggio economico ottenuto dalla pubblica amministrazione secondo modalità incompatibili con il diritto dell'Unione.

78. Ogni pagamento effettuato dal Comune di Rotterdam in forza della fideiussione prestata contribuirebbe all'aggravamento della violazione della clausola di sospensione basata sul diritto dell'Unione e accrescerebbe il vantaggio illegittimo che la Residex, in quanto beneficiaria dell'aiuto, potrebbe eventualmente trarre in forza della garanzia non autorizzata. Invece, qualora il giudice nazionale

47 — V. supra, paragrafi 14-17.

48 — V., al riguardo, supra, paragrafi 34-68 (sulla situazione di diritto nell'ipotesi in cui la garanzia non procuri alcun vantaggio proprio al mutuante).

dichiarasse l'inefficacia della garanzia, ciò impedirebbe ogni ulteriore beneficio per la Residex. In tal modo, il giudice nazionale adempirebbe al proprio compito di impedire il versamento di aiuti di Stato contrari al diritto dell'Unione⁴⁹.

79. Se la Residex avesse fatto affidamento sull'efficacia della garanzia, allora detto affidamento non sarebbe legittimo. Infatti, era lecito attendersi che essa, in quanto beneficiaria dell'aiuto, si accertasse, nell'ambito dei propri obblighi di diligenza, se la procedura di cui all'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE fosse stata rispettata⁵⁰. Anche gli eventuali pareri legali richiesti, a quanto sembra, dal Comune di Rotterdam⁵¹ e che concludevano esplicitamente nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, nulla possono cambiare al riguardo. Il legittimo affidamento sorge allorché sussista una decisione definitiva della Commissione come autorità europea preposta alla concorrenza, nella quale venga negata la natura di aiuto propria della garanzia oppure quantomeno dichiarata la sua compatibilità con il mercato interno⁵².

49 — In tal senso, punto 28, ultimo periodo, della comunicazione sul ruolo dei giudici nazionali.

50 — V. supra, paragrafo 60, nonché la giurisprudenza menzionata alla nota 33.

51 — La Commissione menziona, nella sua memoria, pareri di siffatta specie. Non si può ovviamente, in questa sede, commentare la qualità di quei pareri.

52 — In tal senso, v. sentenza CELF (cit. supra, nota 9, punti 66-68), nonché la sezione 2.3.2 della comunicazione sulle garanzie; v., inoltre, sentenza Alcan Deutschland (cit. supra, nota 14, punti 25 e 49), secondo cui le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dall'art. 108 TFUE.

80. Proprio in quanto alla Residex incombevano i summenzionati propri obblighi di diligenza, l'impresa non può invocare, nei confronti del Comune, neanche il divieto di comportamenti contraddittori (venire contra factum proprium)⁵³. Ove si intendesse vincolare il Comune di Rotterdam alla concessione della fideiussione effettuata in contrasto con il diritto dell'Unione, ciò risulterebbe diametralmente opposto all'obiettivo di tutela del diritto europeo della concorrenza in generale, nonché dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, in particolare. La pubblica amministrazione deve potersi difendere in giudizio dimostrando che il vantaggio o il pagamento che un'impresa da essa pretende violerebbe le norme sulla concorrenza del diritto dell'Unione⁵⁴. Viceversa, come è notorio, anche un'impresa può far valere in giudizio che una prestazione in denaro ad essa richiesta sia incompatibile con il diritto della concorrenza⁵⁵.

81. In secondo luogo, l'inefficacia civilistica di una garanzia non autorizzata dalla

53 — Lo stesso vale per il principio «nemo audiatur propriam turpitudinem allegans», cui il governo tedesco ha fatto riferimento in udienza.

54 — Ciò è presupposto altresì dalla Corte nelle sentenze 3 marzo 2005, causa C-172/03, Heiser (Racc. pag. I-1627, punto 18, in connessione con i punti 58 e 59), e Transalpine Ölleitung (cit. supra, nota 9, in particolare punto 49).

55 — Questo è, in particolare, il caso in cui un tributo parafiscale costituisca parte integrante di una disciplina in materia di aiuti contraria al diritto dell'Unione: v., a tal riguardo, sentenze van Calster (cit. supra, nota 10, in particolare punti 54 e 65); 7 settembre 2006, causa C-526/04, Laboratoires Boiron (Racc. pag. I-7529, in particolare punto 40), e 22 dicembre 2008, causa C-333/07, Régie Networks (Racc. pag. I-10807). Anche in una controversia tra privati la parte di un contratto può far valere in giudizio il fatto che una prestazione oggetto di accordo contrasterebbe con le disposizioni del diritto europeo della concorrenza: v. sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage e Crehan (Racc. pag. I-6297, in particolare punto 24).

Commissione risulta anche *necessaria* ai fini del conseguimento dell'obiettivo dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE.

sarebbe assolutamente venuto ad esistenza in assenza di tale garanzia⁵⁶.

82. Sebbene possa essere immaginabile, a livello puramente teorico, di dichiarare tale garanzia solo parzialmente inefficace, precisamente nella misura in cui essa comporti un vantaggio anticoncorrenziale per il mutuante, ciò avrebbe per effetto, in un caso come quello in esame, che il Comune, in qualità di garante, dovrebbe provvedere al pagamento della garanzia concessa, potendo poi dalla somma garantita eventualmente detrarre l'importo corrispondente alla provvigione normalmente praticata sul mercato per la concessione di una fideiussione.

85. Dall'altro lato, nel caso di inefficacia (soltanto) parziale della garanzia, il mutuante beneficiario dell'aiuto sarebbe del tutto liberato dalla propria corresponsabilità per il rispetto delle norme di diritto dell'Unione sulla concorrenza⁵⁷. Per i mutuanti beneficiari dell'aiuto sorgerebbe, in tal modo, l'erroneo incentivo a collaborare, in maniera affrettata, al finanziamento di progetti per i quali manchi un'autorizzazione ai sensi della normativa europea in materia di aiuti.

83. Ai fini del conseguimento dell'obiettivo dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE, la tesi di tale inefficacia parziale sarebbe però di gran lunga meno idonea di quella dell'inefficienza totale.

86. Certamente la Corte non richiede in ogni caso il totale annullamento di una misura dispositiva di un aiuto adottata in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE. Nella causa CELF, ad esempio, la Corte ha ritenuto sufficiente che il beneficiario dell'aiuto fosse condannato ad un'adeguata remunerazione del vantaggio economico ottenuto dalla pubblica amministrazione, senza dover restituire l'aiuto interamente⁵⁸. La giurisprudenza elaborata nella sentenza CELF si applica, però, solo nei casi in cui un aiuto concesso in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo,

84. Da un lato, infatti, il giudice nazionale si troverebbe davanti al difficile compito di accertare quale provvigione fosse solitamente praticata sul mercato e pertanto adeguata al momento della concessione della garanzia. Se, come nel caso di specie, il mutuante non avesse potuto procurarsi alcun prestito sul mercato, l'intero valore del finanziamento, vale a dire l'importo complessivo coperto dalla fideiussione, dovrebbe essere parimenti considerato come un vantaggio per il mutuante, in quanto il finanziamento non

56 — A tal proposito si applicano conformemente le considerazioni espresse supra, paragrafo 35.

57 — Sugli obblighi di diligenza a carico del beneficiario dell'aiuto v. supra, paragrafo 60, nonché la giurisprudenza citata supra, nota 33.

58 — Sentenza CELF (cit. supra, nota 9, punti 52 e 55); nello stesso senso, sentenza Wienstrom (cit. supra, nota 9, punti 28-30).

TFUE sia stato successivamente autorizzato attraverso una «decisione positiva» della Commissione⁵⁹. Il criterio determinante di una possibilità, per un beneficiario, di ottenere, per un periodo precedente una decisione positiva, il versamento di un aiuto o di conservare la disponibilità di un aiuto già versato consiste, quindi, nell'accertamento, da parte della Commissione, della compatibilità dell'aiuto con il mercato interno⁶⁰.

3. Conclusione intermedia

87. In sintesi: Una garanzia statale concessa per un finanziamento privato in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE e non autorizzata, neanche a posteriori, dalla Commissione europea deve essere considerata inefficace, qualora lo stesso mutuante risulti beneficiario dell'aiuto.

VI — Conclusione

88. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale sottoposta dallo Hoge Raad der Nederlanden nei termini seguenti:

Una garanzia statale concessa per un finanziamento privato in violazione dell'art. 108, n. 3, ultimo periodo, TFUE e non autorizzata, neanche a posteriori, dalla Commissione europea non deve essere considerata inefficace, a meno che lo stesso mutuante risulti beneficiario dell'aiuto.

59 — Ciò viene sottolineato nella sentenza CELF (cit. supra, nota 9) con espressioni come «qualora la Commissione adotti una decisione positiva» (punto 49); «In tale ipotesi» (punto 50); «In una situazione come quella in esame nella causa principale» (punto 52), e «qualora la Commissione abbia adottato una decisione finale» (punto 55).

60 — Sentenza Wienstrom (cit. supra, nota 9, punto 31).