



## Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
MACIEJ SZPUNAR  
presentate il 1° luglio 2021<sup>1</sup>

**Causa C-638/19 P**

**Commissione europea  
contro**

**European Food SA,  
Starmill SRL,  
Multipack SRL,  
Scandic Distilleries SA,  
Ioan Micula,  
Viorel Micula,  
European Drinks SA,  
Rieni Drinks SA,  
Transilvania General Import-Export SRL,**

**West Leasing SRL, già West Leasing International SRL**

«Impugnazione – Aiuto di Stato – Arbitrato – Aiuto risultante dal pagamento del risarcimento  
concesso a taluni operatori economici da un tribunale arbitrale – Trattato bilaterale di  
investimento – Applicazione del diritto dell'Unione»

### **I. Introduzione**

1. L'incontro/scontro tra diritto dell'Unione e diritto dell'arbitrato degli investimenti ha sollevato numerosi quesiti che la sentenza *Achmea*<sup>2</sup> non è stata sufficiente a risolvere. La presente causa, emblematica di tale rapporto conflittuale, offre così alla Corte una gradita occasione per meglio precisare, richiamando la logica sottesa a detta sentenza, i principi che regolano la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione delle procedure arbitrali fondate sui trattati bilaterali di investimento conclusi tra due Stati membri, nello specifico contesto di un procedimento arbitrale avviato sulla base di un trattato bilaterale di investimento concluso tra due Stati membri prima dell'adesione all'Unione europea dello Stato parte dell'arbitrato.

<sup>1</sup> Lingua originale: il francese.

<sup>2</sup> Sentenza del 6 marzo 2018 (C-284/16, in prosieguo: la «sentenza *Achmea*», EU:C:2018:158).

2. Collocandosi al crocevia tra l'arbitrato degli investimenti e la normativa in materia di aiuti di Stato, la presente causa rappresenta altresì un'occasione per esaminare la questione della portata della competenza della Commissione europea ai sensi degli articoli 107 e 108 TFUE in un siffatto contesto.

3. Con la sua impugnazione, la Commissione chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 18 giugno 2019, *European Food SA e a./Commissione* (T-624/15, T-694/15 e T-704/15, EU:T:2019:423; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con cui è stata annullata la decisione (UE) 2015/1470 della Commissione, del 30 marzo 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione – lodo Micula/Romania dell'11 dicembre 2013 (GU 2015, L 232, pag. 43; in prosieguo: la «decisione controversa»).

## II. Contesto normativo

### A. Convenzione ICSID

4. La convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati del 18 marzo 1965 (in prosieguo: la «convenzione ICSID»), entrata in vigore per la Romania il 12 ottobre 1975, dispone, nel suo articolo 53, paragrafo 1, quanto segue:

«La sentenza è vincolante per le parti e non può formare oggetto di appello od altro ricorso, al di fuori di quelli previsti dalla presente Convenzione. Ciascuna parte deve eseguire la sentenza nei termini stabiliti (...)».

5. L'articolo 54, paragrafo 1, della convenzione ICSID così prevede:

«Ogni Stato contraente riconosce come vincolante ogni sentenza resa in conformità alla presente Convenzione e assicura, sul proprio territorio, l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie disposte dalla sentenza, come se si trattasse di una sentenza definitiva di un tribunale funzionante sul territorio dello Stato stesso (...)».

### B. Accordo del 1995

6. L'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Romania, dall'altra<sup>3</sup> (in prosieguo: l'«accordo del 1995»), entrato in vigore il 1° febbraio 1995, prevedeva, al suo articolo 64, paragrafi 1 e 2, quanto segue:

«1. Sono incompatibili con il corretto funzionamento dell'accordo, nella misura in cui possano essere pregiudizievoli al commercio tra la Comunità e la Romania:

(...)

iii) qualsiasi aiuto statale che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsi o minacci di falsare la concorrenza.

<sup>3</sup> GU 1994, L 357, pag. 2.

2. Le pratiche contrarie al presente articolo sono valutate secondo i criteri derivanti dall'applicazione degli articoli [101, 102 e 107 TFUE]».

7. Gli articoli 69 e 71 dell'accordo del 1995 imponevano alla Romania di armonizzare la legislazione nazionale con l'acquis comunitario.

### **C. Il TBI**

8. Il trattato bilaterale di investimento concluso il 29 maggio 2002 tra il governo del Regno di Svezia e il governo rumeno sulla promozione e la reciproca protezione degli investimenti (in prosieguo: il «TBI»), è entrato in vigore il 1° luglio 2003 e prevede, al suo articolo 2, paragrafo 3, quanto segue:

«Ciascuna parte contraente garantisce in qualsiasi momento un trattamento giusto ed equo agli investimenti degli investitori della controparte e non ostacola, mediante misure arbitrarie o discriminatorie, l'amministrazione, la gestione, il mantenimento, l'utilizzazione, il godimento o la cessione di detti investimenti da parte di tali investitori».

9. L'articolo 7 del TBI prevede che le controversie tra gli investitori e i paesi firmatari siano disciplinate, in particolare, da un tribunale arbitrale posto sotto l'egida della convenzione ICSID.

### **D. Trattato di adesione e atto di adesione**

10. In forza del Trattato relativo all'adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea<sup>4</sup>, firmato il 25 aprile 2005, la Romania ha aderito all'Unione a decorrere dal 1° gennaio 2007.

11. L'articolo 2 dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea<sup>5</sup> (in prosieguo: l'«atto di adesione») così stabilisce:

«Dalla data di adesione le disposizioni dei trattati originari e gli atti adottati dalle istituzioni (...) prima dell'adesione vincolano (...) la Romania e si applicano in [tale Stato] alle condizioni previste da detti trattati e dal presente atto».

12. Il capo 2 dell'allegato V dell'atto di adesione, dal titolo «Politica della concorrenza», contiene le seguenti disposizioni:

«1. I seguenti regimi di aiuti e gli aiuti individuali istituiti in un nuovo Stato membro prima della data di adesione e ancora applicabili successivamente a detta data sono da considerare, dopo l'adesione, come aiuti esistenti ai sensi dell'articolo [108], paragrafo 1, [TFUE]:

<sup>4</sup> Trattato tra il Regno del Belgio, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, l'Irlanda, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato del Lussemburgo, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica di Bulgaria e la Romania relativo all'adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea (GU 2005, L 157, pag. 11).

<sup>5</sup> GU 2005, L 157, pag. 203.

- a) misure di aiuto istituite prima del 10 dicembre 1994;
- b) misure di aiuto elencate nell'appendice del presente allegato;
- c) misure di aiuto che anteriormente alla data di adesione sono state esaminate dall'autorità di controllo degli aiuti di Stato del nuovo Stato membro e giudicate compatibili con l'acquis e nei cui confronti la Commissione non ha sollevato obiezioni per seri dubbi sulla compatibilità della misura con il mercato [interno], ai sensi della procedura di cui al punto 2.

Tutte le misure ancora applicabili dopo la data di adesione che costituiscono un aiuto di Stato e che non soddisfano le condizioni sopra elencate sono considerate, dalla data di adesione, nuovi aiuti ai fini dell'applicazione dell'articolo [108], paragrafo 3 [TFUE].

(...)

5. Per quanto riguarda la Romania, il punto 1, c) si applica esclusivamente alle misure di aiuto esaminate dall'autorità rumena di controllo degli aiuti di Stato dopo la data, decisa dalla Commissione sulla base del controllo costante degli impegni assunti dalla Romania nell'ambito dei negoziati di adesione, alla quale il grado di attuazione della normativa sugli aiuti di Stato da parte della Romania nel periodo che precede l'adesione raggiunga un livello soddisfacente. Si considera raggiunto un livello soddisfacente solo quando la Romania dimostri di procedere sistematicamente ad un controllo completo e appropriato degli aiuti di Stato, nei confronti di tutti gli aiuti connessi in Romania, comprese l'adozione e l'attuazione, da parte dell'autorità rumena di controllo degli aiuti di Stato di decisioni pienamente e correttamente motivate che comportino una valutazione accurata del carattere di aiuto di Stato di ciascuna misura ed una corretta applicazione del criterio di compatibilità.

La Commissione può sollevare obiezioni nei confronti di qualsiasi misura di aiuto concessa nel periodo precedente l'adesione tra il 1° settembre 2004 e la data fissata nella summenzionata decisione della Commissione, in cui si constata che il grado di attuazione è di livello soddisfacente, qualora nutra seri dubbi sulla compatibilità della misura in questione con il mercato [interno]. La decisione della Commissione di sollevare obiezioni nei confronti di una misura è considerata come una decisione di avviare il procedimento di indagine formale ai sensi del regolamento (CE) n. 659/1999 [6]. Se tale decisione è presa anteriormente alla data di adesione, essa entra in vigore solo dalla data di adesione.

Qualora la Commissione adotti una decisione negativa in seguito all'avvio del procedimento di indagine formale, essa stabilisce che la Romania adotti tutti i provvedimenti necessari per il recupero effettivo dell'aiuto dal beneficiario. Nell'aiuto da recuperare sono compresi interessi fissati ad un tasso adeguato, in conformità del regolamento (CE) n. 794/2004 [7] ed esigibili a decorrere dalla stessa data».

### III. Fatti e decisione controversa

13. I fatti sono illustrati nei punti da 1 a 42 della sentenza impugnata e, ai fini del presente procedimento, possono essere sintetizzati come segue.

<sup>6</sup> Regolamento del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo [108 TFUE] (GU 1999, L 83, pag. 1).

<sup>7</sup> Regolamento della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 (GU 2004, L 140, pag. 1).

14. Il 2 ottobre 1998, le autorità rumene adottavano l'ordinanza governativa d'emergenza n. 24/1998 (in prosieguo: la «EGO 24»), che concedeva a taluni investitori in regioni sfavorite che avevano ottenuto un certificato di investitore permanente una serie di incentivi, tra cui, in particolare, agevolazioni quali l'esenzione dal pagamento dei dazi doganali e dell'imposta sul valore aggiunto per i macchinari e il rimborso dei dazi doganali sulle materie prime, nonché l'esenzione dal pagamento dell'imposta sugli utili per il periodo di designazione dell'area pertinente come regione sfavorita.

15. Con decisione del 25 marzo 1999, applicabile dal 1° aprile 1999, il governo rumeno designava l'area mineraria di Ștei-Nucet, distretto di Bihor (Romania), come regione sfavorita per un periodo di dieci anni.

16. Per conformarsi all'obbligo di armonizzazione previsto dall'accordo del 1995, la Romania adottava nel 1999 la legge n. 143/1999 sugli aiuti di Stato, che è entrata in vigore il 1° gennaio 2000. Tale legge, che conteneva la stessa definizione di aiuto di Stato di cui all'articolo 64 dell'accordo del 1995 e all'attuale articolo 107 TFUE, designava il Consiliul Concurenței (Consiglio per la concorrenza, Romania) quale autorità nazionale di controllo degli aiuti di Stato, competente a valutare la compatibilità degli aiuti concessi alle imprese dalla Romania.

17. Il 15 maggio 2000, il consiglio per la concorrenza adottava la decisione n. 244/2000, con la quale constatava che svariati incentivi concessi dalla EGO 24 dovevano essere considerati come aiuti di Stato ed essere soppressi.

18. Il 1° luglio 2000, l'ordinanza governativa d'emergenza n. 75/2000 modificava la EGO 24 (in prosieguo, congiuntamente: la «EGO»).

19. Nell'ambito del suo ricorso dinanzi alla Curtea de Apel București (Corte d'appello di Bucarest, Romania), il consiglio per la concorrenza contestava la mancata attuazione della propria decisione n. 244/2000, malgrado l'adozione dell'ordinanza governativa d'emergenza n. 75/2000. Detto ricorso veniva respinto con decisione del 26 gennaio 2001, la quale veniva confermata dall'Înalta Curte de Casație și Justiție (Alta Corte di cassazione e di giustizia, Romania) con decisione del 19 febbraio 2002.

20. I sigg. Ioan e Viorel Micula, ricorrenti in primo grado, sono cittadini svedesi residenti in Romania e azionisti di maggioranza della società European Food and Drinks Group, le cui attività riguardano la produzione di prodotti alimentari e bevande nell'area di Ștei-Nucet, distretto di Bihor. Le società European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL e West Leasing SRL (già West Leasing International SRL), anch'esse ricorrenti in primo grado, appartengono alla società European Food and Drinks Group.

21. Sulla base di certificati di investitori permanenti, ottenuti il 1° giugno 2000 dalla European Food e il 17 maggio 2002 dalla Starmill e Multipack, dette società effettuavano alcuni investimenti nell'area mineraria di Ștei-Nuce.

22. Nel febbraio 2000 la Romania avviava i negoziati di adesione all'Unione. Nel contesto di suddetti negoziati, l'Unione, nella posizione comune del 21 novembre 2001, rilevava l'esistenza in Romania di «alcuni regimi di aiuti esistenti e nuovi incompatibili che non [erano] stati allineati all'acquis», tra cui gli «strumenti previsti ai sensi della [EGO]».

23. Il 26 agosto 2004, specificando che, «[a]l fine di rispettare i criteri previsti dalle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato, e per completare i negoziati di cui al capitolo 6 (Politica di concorrenza), [era] necessario sopprimere tutte le forme di aiuti di Stato nella legislazione nazionale incompatibili con l'acquis comunitario relativo a questo settore», la Romania abrogava tutti gli incentivi concessi in forza della EGO, ad eccezione dello strumento imposta sugli utili. Tale abrogazione entrava in vigore il 22 febbraio 2005.

24. Il 1° gennaio 2007, la Romania aderiva all'Unione.

25. Il 28 luglio 2005, cinque dei ricorrenti in primo grado, vale a dire i sigg. Ioan e Viorel Micula, European Food, Starmill e Multipack (in prosieguo: i «ricorrenti in arbitrato») chiedevano l'istituzione di un tribunale arbitrale, in conformità all'articolo 7 del TBI, al fine di ottenere il risarcimento dei danni causati dall'abrogazione degli incentivi previsti dall'EGO.

26. Con lodo dell'11 dicembre 2013 (in prosieguo: il «lodo»), il tribunale arbitrale stabiliva che, abrogando gli incentivi previsti dall'EGO, la Romania non aveva assicurato un trattamento giusto ed equo degli investimenti e accordava ai ricorrenti in arbitrato un risarcimento del danno a carico della Romania per un importo pari a 791 882 452 lei rumeni (RON) (circa EUR 178 milioni).

27. Il 31 gennaio 2014, i servizi della Commissione informavano le autorità rumene che l'attuazione o l'esecuzione del lodo avrebbe costituito un nuovo aiuto che avrebbe dovuto essere oggetto di notifica alla Commissione.

28. Il 20 febbraio 2014, le autorità rumene informavano i servizi della Commissione del versamento di una parte del risarcimento danni riconosciuto dal tribunale arbitrale ai ricorrenti, mediante compensazione di tasse e imposte dovute alle autorità rumene dalla European Food.

29. Il 26 maggio 2014, la Commissione adottava la decisione C(2014) 3192, che ordinava alla Romania, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 659/1999, di sospendere qualsiasi azione potesse dare luogo all'attuazione o all'esecuzione del lodo, sulla base del rilievo che un'azione del genere sarebbe apparsa come costitutiva di un aiuto di Stato illegale, fino a quando la Commissione non avesse adottato una decisione finale sulla compatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato interno.

30. Con lettera del 1° ottobre 2014, la Commissione comunicava alla Romania la propria decisione di avviare il procedimento di indagine formale di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE in relazione alla parziale attuazione del lodo da parte della Romania, avvenuta all'inizio del 2014, e a qualsivoglia attuazione o esecuzione ulteriore dello stesso.

31. Secondo le autorità rumene, il lodo è stato integralmente attuato.

32. Il 30 marzo 2015, la Commissione adottava la decisione controversa, con cui ha stabilito che il pagamento del risarcimento concesso dal tribunale arbitrale all'unità economica unica costituita dai sigg. Ioan e Viorel Micula, European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export e West Leasing costituiva un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE e doveva essere recuperato.

#### **IV. Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata**

33. Con atti introduttivi depositati presso la cancelleria del Tribunale, rispettivamente, il 6, il 30 e il 28 novembre 2015, la European Food, la Starmill, la Multipack e la Scandic Distilleries, nella causa T-624/15, il sig. Ioan Micula, nella causa T-694/15, e il sig. Viorel Micula, e la European Drinks, la Rieni Drinks, la Transilvania General Import-Export e la West Leasing, nella causa T-704/15, presentavano ciascuno un ricorso volto ad ottenere l'annullamento della decisione controversa. Il Regno di Spagna e l'Ungheria venivano ammessi dal Tribunale a intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione. Ai sensi dell'articolo 68 del suo regolamento di procedura, il Tribunale riuniva queste tre cause ai fini della decisione che definisce il giudizio.

34. A sostegno di ciascuno dei ricorsi di primo grado, i ricorrenti sollevavano otto motivi, taluni articolati in diverse parti.

35. Con la sentenza impugnata, il Tribunale accoglieva, da un lato, la prima parte del secondo motivo sollevato nelle cause T-624/15 e T-694/15 e la prima parte del primo motivo presentato nella causa T-704/15, vertenti sull'incompetenza della Commissione e sull'inapplicabilità del diritto dell'Unione a una situazione precedente all'adesione all'Unione da parte della Romania. A tal riguardo, ai punti da 59 a 93 della sentenza di cui trattasi, il Tribunale giudicava che, adottando la decisione controversa, la Commissione aveva applicato retroattivamente le competenze che essa deteneva in forza dell'articolo 108 TFUE e del regolamento n. 659/1999 a fatti anteriori a detta adesione e che, quindi, la Commissione non poteva qualificare la misura di cui trattasi come «aiuto di Stato», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

36. D'altro lato, il Tribunale accoglieva la seconda parte del secondo motivo dedotta nelle cause T-624/15 e T-694/15 e la prima parte del secondo motivo dedotta nella causa T-704/15, vertenti sull'errata qualificazione del lodo come «vantaggio» e «aiuto», ai sensi dell'articolo 107 TFUE. A tal riguardo, ai punti da 94 a 111 della sentenza impugnata, il Tribunale giudicava che la decisione controversa era illegittima nei limiti in cui qualificava come «vantaggio» e «aiuto», ai sensi della disposizione succitata, l'attribuzione, da parte del tribunale arbitrale, di un risarcimento diretto a compensare i danni derivanti dal ritiro delle misure di incentivi fiscali, quantomeno per il periodo precedente la data di entrata in vigore del diritto dell'Unione in Romania.

37. Il Tribunale annullava pertanto la decisione controversa nella sua interezza senza esaminare le altre parti di detti motivi né gli altri motivi.

#### **V. Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti**

38. Con la sua impugnazione, la Commissione, sostenuta dalla Repubblica di Polonia, chiede che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata;
- respingere la prima parte del primo motivo e la prima parte del secondo motivo dedotte nella causa T-704/15 e la prima e seconda parte del secondo motivo dedotte nelle cause T-624/15 e T-694/15;
- rinviare le cause riunite T-624/15, T-694/15 e T-704/15 al Tribunale, e

- riservare le spese.

39. Nella sua comparsa di risposta, il Regno di Spagna chiede che la Corte voglia:

- accogliere l'impugnazione, annullare la sentenza impugnata e respingere il ricorso di primo grado in quanto irricevibile, e
- in subordine, accogliere l'impugnazione, annullare la sentenza impugnata e respingere il ricorso di primo grado in quanto infondato.

40. La European Food, la Starmill, la Multipack, la Scandic Distilleries e il sig. Ioan Micula (in prosieguo: la «European Food e a.») chiedono che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione;
- in subordine, annullare la decisione controversa;
- in ulteriore subordine, rinviare le cause dinanzi al Tribunale, e
- condannare la Commissione e le parti intervenienti a sostenere le proprie spese nonché quelle della European Food e a. relative al procedimento di primo grado e a quello di impugnazione.

41. Il sig. Viorel Micula, la European Drinks, la Rieni Drinks, la Transilvania General Import-Export e la West Leasing (in prosieguo: «Viorel Micula e a.») chiedono che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione;
- in subordine, accogliere il secondo motivo di primo grado sollevato nella causa T-704/15 e annullare pertanto la decisione controversa;
- in ulteriore subordine, rinviare le cause dinanzi al Tribunale;
- condannare la Commissione a sostenere le proprie spese nonché quelle di Viorel Micula e a. relative al procedimento di primo grado e a quello di impugnazione, e
- condannare l'Ungheria e il Regno di Spagna a sopportare le proprie spese relative al procedimento di primo grado e a quello di impugnazione.

42. Con la sua impugnazione incidentale, il Regno di Spagna, sostenuto dalla Repubblica di Polonia, chiede che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata;
- respingere in quanto irricevibile il ricorso di primo grado, e
- condannare la European Food e a. e Viorel Micula e a. alle spese.

43. La Commissione conclude chiedendo l'accoglimento dell'impugnazione incidentale.



44. La European Food e a. e Viorel Micula e a. chiedono il rigetto dell'impugnazione incidentale e la condanna del Regno di Spagna, della Commissione e delle parti intervenienti a sostenere le proprie spese relative all'impugnazione incidentale e la condanna del Regno di Spagna a sopportare le spese sostenute dalla European Food e a. e da Viorel Micula e a. nell'ambito dell'impugnazione incidentale.

45. La Commissione, il Regno di Spagna, la Repubblica di Polonia, la European Food e a. e Viorel Micula e a. hanno presentato dinanzi alla Corte osservazioni scritte sull'impugnazione e sull'impugnazione incidentale.

46. All'udienza tenutasi il 20 aprile 2021, sono state presentate osservazioni orali a nome della Commissione, della Repubblica federale di Germania, del Regno di Spagna, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Polonia, della European Food e a. e di Viorel Micula e a.

## **VI. Analisi**

47. Inizierò la mia analisi esaminando l'impugnazione incidentale concernente la compatibilità con il diritto dell'Unione dei procedimenti arbitrali basati su un TBI intra-UE, che, se dovesse essere accolta, comporterebbe l'irricevibilità del ricorso di primo grado. Ritenendo che i motivi dedotti a sostegno dell'impugnazione incidentale debbano essere respinti, continuerò tale analisi esaminando l'impugnazione principale che verte sulla questione della competenza della Commissione in materia di diritto degli aiuti di Stato nel contesto dell'adesione di uno Stato all'Unione.

### **A. Sull'impugnazione incidentale**

48. Con la sua impugnazione incidentale, il Regno di Spagna, sostenuto in tal senso dalla Commissione e dalla Repubblica di Polonia nelle loro osservazioni scritte, afferma che il procedimento arbitrale di cui trattasi e il lodo che ne è seguito ledono il principio della fiducia reciproca e l'autonomia del diritto dell'Unione, secondo i principi elaborati dalla Corte nella sentenza Achmea. Ne deriverebbe che le ricorrenti in primo grado non vantavano alcun interesse legittimo ad agire giacché cercherebbero di ottenere l'annullamento della decisione controversa al fine di dare esecuzione a un lodo contrario all'articolo 19 TUE e agli articoli 267 e 344 TFUE.

#### ***1. Sulla ricevibilità dell'impugnazione incidentale***

49. La European Food e a. e Viorel Micula e a. eccepiscono l'irricevibilità dell'impugnazione incidentale proposta dal Regno di Spagna.

50. In primo luogo, il Regno di Spagna non avrebbe titolo per partecipare al procedimento in veste di convenuto in sede d'impugnazione, ai sensi dell'articolo 172 del regolamento di procedura della Corte, e non poteva quindi prendervi parte quale ricorrente nell'impugnazione incidentale.

51. A tal riguardo, osservo che la European Food e a. e Viorel Micula e a. hanno già chiesto alla Corte, con lettere del 17 marzo 2020, che il Regno di Spagna sia escluso dal presente procedimento quale parte, con la motivazione che detto Stato membro non avrebbe interesse all'accoglimento o al rigetto dell'impugnazione, ai sensi dell'articolo 172 del regolamento di

procedura. Con lettera del 29 marzo 2020, la cancelleria della Corte, facendo seguito alla decisione adottata dal presidente di quest'ultima, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, ha informato le parti del rigetto della loro domanda sulla base del rilievo che, sostanzialmente, il Regno di Spagna, essendo stato autorizzato, quale Stato membro, a intervenire in primo grado in forza dell'articolo 40 dello Statuto della Corte, aveva automaticamente interesse all'accoglimento o al rigetto dell'impugnazione.

52. Infatti, da una parte, dalla giurisprudenza della Corte emerge che il rigetto da parte del Tribunale delle conclusioni sottopostegli è sufficiente a giustificare un interesse all'accoglimento o al rigetto dell'impugnazione<sup>8</sup>. Nella misura in cui il Regno di Spagna ha chiesto dinanzi al Tribunale il rigetto dei ricorsi dei ricorrenti in primo grado, detto Stato membro ha necessariamente interesse all'accoglimento o al rigetto dell'impugnazione, ai sensi dell'articolo 172 del regolamento di procedura.

53. D'altra parte, in ogni caso, l'articolo 40, primo comma, e l'articolo 56, terzo comma, dello Statuto della Corte riconosce agli Stati membri lo status di «ricorrenti privilegiati» che li esonera dall'onere di dimostrare un interesse a presentare un'impugnazione – e, quindi, a fortiori, un'impugnazione incidentale – dinanzi ai giudici dell'Unione<sup>9</sup>.

54. In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 178, paragrafo 3, del regolamento di procedura, l'impugnazione incidentale sarebbe irricevibile laddove, da un lato, si limitasse a riprendere i medesimi argomenti sviluppati dal Regno di Spagna nella comparsa di risposta nell'impugnazione principale o a richiamare considerazioni svolte nell'ambito della stessa e, dall'altro, mirasse nel contempo a estendere l'oggetto della controversia.

55. È vero che gli argomenti svolti da detto Stato membro nell'impugnazione incidentale e nella comparsa di risposta all'impugnazione sono simili. Tuttavia, devo sottolineare che con l'impugnazione incidentale il Regno di Spagna contesta la ricevibilità del ricorso proposto dinanzi al Tribunale. Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte, quest'ultima è tenuta a pronunciarsi, se necessario d'ufficio, sui motivi concernenti la ricevibilità di un ricorso di primo grado<sup>10</sup>.

56. Pertanto, anche ammettendo che vi siano sovrapposizioni tra la comparsa di risposta del Regno di Spagna e l'impugnazione incidentale, la Corte sarebbe tenuta ad esaminare d'ufficio la questione della ricevibilità, dal momento che quest'ultima potrebbe essere oggetto di discussione in caso di accoglimento dell'argomento dedotto da detto Stato membro, sostenuto in tal senso dalla Commissione, dalla Repubblica federale di Germania, dalla Repubblica di Lettonia e dalla Repubblica di Polonia.

57. Date le circostanze, ritengo che occorra, in ogni caso, analizzare i diversi argomenti invocati nel quadro dell'impugnazione incidentale attraverso i quali il Regno di Spagna mira a dimostrare l'irricevibilità del ricorso di primo grado.

<sup>8</sup> V. sentenza del 14 giugno 2018, Makhlouf/Consiglio (C-458/17 P, non pubblicata, EU:C:2018:441, punto 32).

<sup>9</sup> Sentenza del 21 dicembre 2011, Francia/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, punto 45). V. anche Wathelet, M., Wildemeersch, J., *Contentieux européen*, Larcier, 2014, pag. 488.

<sup>10</sup> V. sentenza del 29 luglio 2019, Bayerische Motoren Werke e Freistaat Sachsen/Commissione (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punto 44).

## **2. Sul merito dell'impugnazione incidentale**

58. Il Regno di Spagna deduce tre argomenti a fondamento del motivo relativo all'incompatibilità del procedimento arbitrale di cui trattasi con il diritto dell'Unione, la quale comporterebbe l'irricevibilità del ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale.

59. Ammetto di avere qualche dubbio quanto all'impatto dell'incompatibilità del procedimento arbitrale in parola sull'interesse ad agire della European Food e a. e di Viorel Micula e a. e sulla ricevibilità dei ricorsi dinanzi al Tribunale<sup>11</sup>. Tuttavia, come andrò a dimostrare, l'argomento relativo all'incompatibilità del lodo con il diritto dell'Unione deve essere respinto, cosicché non si rende necessario esaminare la questione della sua rilevanza ai fini della posizione dei ricorrenti.

60. Inizierò l'analisi dell'impugnazione incidentale esaminando i primi due argomenti sollevati dal Regno di Spagna, che depongono, sostanzialmente, a favore dell'applicazione al procedimento arbitrale di cui trattasi dei principi elaborati dalla Corte nella sentenza Achmea, resa possibile dall'adesione della Romania all'Unione.

61. Proseguirò tale analisi esaminando l'ultimo argomento del primo motivo di impugnazione incidentale, che si discosta dalla problematica degli TBI intra-UE e affronta la questione della compatibilità con l'ordinamento giuridico dell'Unione di un meccanismo di regolamento delle controversie tra Stati membri e Stati terzi.

### ***a) Portata della sentenza Achmea con riferimento a un procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI concluso tra due Stati membri prima dell'adesione all'Unione dello Stato parte dell'arbitrato e pendente al momento di detta adesione***

62. Il Regno di Spagna, la Commissione, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Lettonia e la Repubblica di Polonia affermano che, in considerazione dei principi elaborati dalla Corte nella sentenza Achmea, il procedimento arbitrale di cui trattasi sarebbe incompatibile con il diritto dell'Unione.

63. In primo luogo, dette parti sostengono che, a partire dalla data di adesione all'Unione da parte della Romania, il procedimento arbitrale di cui trattasi deve essere considerato come un arbitrato «intra-UE».

64. In secondo luogo, il tribunale arbitrale costituito sulla base del TBI che vincola il Regno di Svezia e la Romania sarebbe chiamato a interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione e, più nello specifico, l'accordo del 1995. Orbene, dalla sentenza Achmea emergerebbe che il diritto dell'Unione osta a un meccanismo di regolamento delle controversie previsto da un TBI concluso tra due Stati membri e che comporta che un tribunale arbitrale, non rientrante nel sistema giurisdizionale dell'Unione e non assoggettato al controllo di una giurisdizione di uno Stato membri, possa interpretare o applicare il diritto dell'Unione.

65. A partire dalla data di adesione all'Unione da parte della Romania, il procedimento arbitrale di cui trattasi violerebbe quindi gli articoli 267 e 344 TFUE.

<sup>11</sup> In particolare, dalla decisione controversa e dalla sentenza impugnata emerge che è stata data esecuzione al lodo e che la somma oggetto della decisione controversa è stata versata alla European Food e a. e a Viorel Micula e a. Posto che l'incompatibilità del lodo già eseguito non mi sembra comportare, di per sé, l'obbligo per i ricorrenti di procedere al rimborso dell'indennità, l'annullamento della decisione controversa inciderebbe necessariamente sulla loro situazione poiché detta decisione stabilisce se essi possono trattenere o meno gli importi versati dalla Romania.

*1) Applicabilità ratione temporis della giurisprudenza Achmea*

66. Condivido senza difficoltà la posizione assunta dal Regno di Spagna e dalla Commissione secondo cui il diritto dell'Unione e, quindi, la giurisprudenza derivante della sentenza Achmea si applicano alla Romania a partire dalla sua adesione<sup>12</sup>.

*i) Applicazione del diritto dell'Unione a decorrere dall'adesione*

67. Detta applicazione del diritto dell'Unione a partire dall'adesione all'Unione da parte della Romania ha, a mio avviso, una conseguenza certa. Ogni procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI che lega la Romania a un altro Stato membro *dopo* l'adesione all'Unione da parte della Romania è incompatibile con il diritto dell'Unione. In virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, a decorrere da detta adesione, non può riconoscersi la competenza di un tribunale arbitrale istituito sulla base di un TBI concluso tra la Romania e un altro Stato membro e non può essere avviato alcun procedimento arbitrale sulla base di un TBI intra-UE<sup>13</sup>.

68. Tuttavia, una siffatta soluzione mi pare discutibile rispetto a procedimenti arbitrali avviati *prima* dell'adesione all'Unione da parte della Romania e ancora in corso al momento di detta adesione; occorre quindi analizzare in che misura i principi derivanti dalla sentenza Achmea si applichino a tali situazioni.

*ii) Applicabilità immediata dei principi tratti dalla sentenza Achmea agli effetti futuri di una situazione insorta anteriormente all'adesione all'Unione*

69. Per giustificare l'applicazione della giurisprudenza derivante dalla sentenza Achmea a tali ipotesi, il Regno di Spagna e la Commissione si fondano sul principio dell'applicabilità immediata del diritto dell'Unione agli effetti futuri di una situazione sorta anteriormente all'adesione all'Unione<sup>14</sup>.

70. Detto principio non può essere rimesso in discussione<sup>15</sup>. Dalla giurisprudenza emerge chiaramente che «secondo un principio generalmente riconosciuto, le leggi che modificano una disposizione legislativa si applicano, salvo deroga, agli effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge»<sup>16</sup>, da cui deriva altresì che il diritto dell'Unione «va considerat[o] come immediatamente applicabile e vincolante per [lo Stato membro] fin dalla data dell'adesione, sicché da questo momento si applica agli effetti delle situazioni sorte prima dell'adesione di detto Stato membro»<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Articolo 2 dell'atto di adesione. V. altresì, sul punto, Malferrari, L., «Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités», in Berramdane, A., e Trochu, M., *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, 2021, pag. 63.

<sup>13</sup> V., su questo punto, le mie conclusioni nella causa Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, paragrafo 69).

<sup>14</sup> V., a tal riguardo, Kaleda, S.L., *Przejęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe i międzyczasowe*, Varsavia, 2003, pagg. da 127 a 192.

<sup>15</sup> V., sulla pertinenza del principio dell'applicabilità immediata del diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte, Blatière, L., *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, CREAM, 2018, pagg. da 152 a 167.

<sup>16</sup> Sentenze del 15 febbraio 1978, Bauche e Delquignies (96/77, EU:C:1978:26, punto 48), e del 7 febbraio 2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82, punto 20). V., altresì, sentenza del 26 marzo 2020, Hungeod e a. (C-496/18 e C-497/18, EU:C:2020:240, punto 94).

<sup>17</sup> Sentenza del 2 ottobre 1997, Saldanha e MTS (C-122/96, EU:C:1997:458, punto 14).

71. È inoltre vero che la Corte interpreta in senso estensivo la nozione di «effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge»<sup>18</sup>. Essa si è riferita in più occasioni a «situazioni sorte prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, ma non ancora concluse»<sup>19</sup>, dimostrando di accogliere un'accezione non restrittiva del contenuto dell'espressione «effetti futuri». La Corte ha peraltro chiaramente ammesso l'applicabilità immediata del diritto dell'Unione alla questione della compatibilità con detto diritto del risarcimento di un danno causato prima dell'adesione all'Unione da parte dello Stato membro e versato successivamente ad essa, diretto a compensare le conseguenze derivanti dall'infortunio per tutta la durata della vita della vittima<sup>20</sup>.

72. Alla luce di tale giurisprudenza, e contrariamente alla posizione sostenuta dalla European Food e a. e da Viorel Micula e a., la continuazione dopo l'adesione del procedimento arbitrale di cui trattasi, avviato a seguito di un atto controverso adottato dalla Romania prima dell'adesione, è sufficiente, a mio avviso, per riconoscere l'esistenza di effetti futuri di una situazione sorta anteriormente all'adesione<sup>21</sup>.

73. Ritengo quindi che il diritto dell'Unione e, di conseguenza, la giurisprudenza derivante dalla sentenza Achmea si applichino, *ratione temporis*, al procedimento arbitrale di cui trattasi, avviato prima dell'adesione sulla base di un TBI che vincola la Romania a un altro Stato membro e ancora in corso al momento dell'adesione.

74. Credo, tuttavia, che il principio dell'applicabilità immediata del diritto dell'Unione agli effetti futuri di una situazione sorta prima dell'adesione non consenta, di per sé solo, di risolvere la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione di un procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI intra-UE prima dell'adesione all'Unione dello Stato parte dell'arbitrato.

75. Infatti, talvolta le apparenze ingannano, e non è possibile concludere nel senso dell'applicazione dei principi derivanti dalla sentenza Achmea a siffatte situazioni solo su tale base, senza aver preventivamente analizzato la ratio sottesa al ragionamento in detta sentenza.

## 2) *Applicazione ratione materiae della giurisprudenza derivante dalla sentenza Achmea*

76. L'applicazione, a partire dall'adesione, del diritto dell'Unione a un procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI intra-UE prima dell'adesione all'Unione da parte dello Stato parte dell'arbitrato non può cancellare la natura peculiare di detto procedimento, all'epoca avviato validamente e vertente su una controversia anteriore all'adesione.

<sup>18</sup> Per un'analisi dettagliata della lettura estensiva data dalla Corte della nozione di situazioni in corso, v. Blatière, L., op. cit., pagg. da 148 a 152.

<sup>19</sup> Sentenze del 17 luglio 1997, Affish (C-183/95, EU:C:1997:373, punto 57), e del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187/Commissione (C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416, punto 148).

<sup>20</sup> Sentenza del 3 settembre 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, punti da 21 a 24). Si veda, altresì, nello stesso senso, sentenza del 14 giugno 2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348, punto 21).

<sup>21</sup> V., su questo punto, Kaleda, S.L., op. cit., pag. 183: «Le disposizioni [del diritto dell'Unione] che disciplinano gli effetti di determinati atti sono applicabili immediatamente, all'atto della loro entrata in vigore, agli effetti che ne derivano – esse si applicano, ad esempio, alle violazioni che, benché derivanti da avvenimenti passati, sono ancora presenti alla data dell'entrata in vigore». (Versione originale polacca: «przepisy [prawa Unii] regulujące skutki pewnych czynności są natychmiast stosowane w stosunku do skutków trwających w momencie ich wejścia w życie - np. przechwytyują naruszenie nadal trwające w dniu wejścia w życie, chociaż wynikające ze zdarzeń dawnych»).

77. Orbene, tali caratteristiche mi sembrano incidere indubbiamente, non più a livello temporale bensì materiale, sulla possibilità di applicare la giurisprudenza derivante dalla sentenza *Achmea* a un procedimento arbitrale come quello qui in esame. In altre parole, se da un punto di vista strettamente temporale detta giurisprudenza è, al pari del diritto dell'Unione nel suo complesso, applicabile al procedimento arbitrale di cui trattasi, la situazione è diversa dal punto di vista sostanziale e ciò sotto vari profili.

*i) Assenza di vulnus all'autonomia del diritto dell'Unione*

78. Osservo che la conclusione cui la Corte è pervenuta nella sentenza *Achmea* si fonda sul pregiudizio all'autonomia del diritto dell'Unione rappresentato dal ricorso a un procedimento arbitrale basato su di un TBI intra-UE nell'ambito del quale è possibile che il diritto dell'Unione venga interpretato o applicato.

*– Principio dell'autonomia del diritto dell'Unione*

79. La Corte ha precisato che l'autonomia del diritto dell'Unione è garantita dall'istituzione, mediante i Trattati, di un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione<sup>22</sup>. Il procedimento di rinvio pregiudiziale ne costituisce la chiave di volta instaurando un dialogo da giudice a giudice, tra la Corte e i giudici degli Stati membri, che mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione<sup>23</sup>.

80. Orbene, il ricorso a un procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI concluso tra due Stati membri può far sì che sia sottratta al sistema giurisdizionale la definizione di una controversia la quale può richiedere l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione e lede così il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione, rispecchiato dagli articoli 267 e 344 TFUE.

81. In altre parole, la soluzione adottata nella sentenza *Achmea* si fonda, segnatamente, sull'impossibilità, in forza del principio d'autonomia del diritto dell'Unione, di privare i giudici degli Stati membri della loro competenza in materia di interpretazione e di applicazione del diritto dell'Unione e la Corte della sua competenza a risolvere, in via pregiudiziale, le questioni proposte da detti giudici in merito a detta interpretazione o applicazione<sup>24</sup>.

82. Tuttavia, a mio avviso, trattandosi di un procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI concluso tra due Stati membri *prima* dell'adesione all'Unione dello Stato parte dell'arbitrato, al sistema giurisdizionale dell'Unione non viene sottratta alcuna controversia tale da riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione.

83. In proposito, reputo necessario precisare che poco importa, in quest'ottica, stabilire se una siffatta controversia comporti, con certezza, l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione da parte del giudice arbitrale. A mio parere, il semplice fatto che esista un rischio che ciò avvenga è sufficiente per riconoscere un pregiudizio all'autonomia del diritto dell'Unione, a condizione che la controversia in cui un siffatto rischio si presenta ricada effettivamente nel sistema giurisdizionale dell'Unione<sup>25</sup>. Osservo inoltre che detto rischio mi sembra esistere per

<sup>22</sup> V. sentenza *Achmea*, punto 35 e giurisprudenza citata. V., altresì, Malferrari, L., op. cit., pagg. 48 e 50.

<sup>23</sup> Parere 12/13, del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 176).

<sup>24</sup> Parere 1/09, dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 89).

<sup>25</sup> V., in tal senso, sentenza *Achmea*, punti 39 e 56.

tutti i TBI intra-UE. Non mi pare pertanto necessario verificare, nella specie, se il tribunale arbitrale abbia realmente interpretato o applicato il diritto dell'Unione, o se avrebbe potuto farlo. Intendo infatti la sentenza *Achmea* nel senso che la Corte ha fissato quale criterio per la compatibilità con il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione di un procedimento arbitrale fondato su un TBI intra-UE il punto se tale procedimento privi i giudici nazionali della loro competenza in materia di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, e la Corte della sua competenza a rispondere in via pregiudiziale alle questioni da essi sollevate.

– *Competenza dei giudici rumeni ad adire la Corte in via pregiudiziale*

84. Una controversia sorta in ragione di un'asserita violazione, da parte di uno Stato, di una disposizione di un TBI, anteriormente all'adesione all'Unione da parte di detto Stato e oggetto di un procedimento finalizzato alla sua definizione iniziato prima di tale adesione, non ricade necessariamente nel sistema giurisdizionale dell'Unione. La sua definizione da parte di un tribunale arbitrale costituito sulla base di un TBI concluso tra due Stati membri anteriormente all'adesione all'Unione dello Stato parte dell'arbitrato non può privare i giudici degli Stati membri della loro competenza in materia di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione e la Corte della sua competenza a rispondere in via pregiudiziale alle questioni sollevate da detti giudici relative all'interpretazione o all'applicazione del diritto dell'Unione.

85. Invito la Corte a considerare la situazione di un giudice rumeno chiamato a pronunciarsi, in luogo di un tribunale arbitrale, su una controversia vertente su un'asserita violazione da parte di detto Stato delle disposizioni del TBI. A mio avviso, qualora fosse emersa una questione vertente sull'interpretazione o sull'applicazione del diritto dell'Unione, detto giudice non avrebbe potuto interrogare la Corte mediante un rinvio pregiudiziale.

86. , In primo luogo, infatti, è ben evidente che un giudice rumeno, chiamato a pronunciarsi su una potenziale violazione da parte di detto Stato membro delle disposizioni del TBI non avrebbe potuto, *prima* dell'adesione della Romania all'Unione, adire la Corte mediante rinvio pregiudiziale, non essendo esso, in quel momento, una giurisdizione di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Inoltre, l'accordo del 1995 non prevedeva la possibilità per i giudici rumeni di interpellare la Corte mediante un rinvio pregiudiziale.

87. In secondo luogo, la stessa conclusione si impone quanto alla possibilità per i giudici rumeni, aditi prima dell'adesione della Romania all'Unione, di interpellare la Corte mediante un rinvio pregiudiziale *dopo* detta adesione. Dalla giurisprudenza della Corte emerge infatti chiaramente che essa non è competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione nel quadro di una controversia relativa a una situazione consolidatasi anteriormente all'adesione<sup>26</sup>.

88. Precisamente tale ipotesi ricorreva nel caso della controversia sfociata nel procedimento arbitrale di cui trattasi. L'allegata violazione del TBI da parte della Romania, oggetto della controversia, era anteriore alla sua adesione all'Unione e il procedimento arbitrale di cui trattasi è stato avviato prima di detta adesione. Pertanto, tutti i fatti pertinenti al riguardo si erano verificati

<sup>26</sup> Sentenze del 10 gennaio 2006, *Ynos* (C-302/04, EU:C:2006:9, punti 36 e 37); del 30 aprile 2020, *EUROVIA* (C-258/19, EU:C:2020:345, punti 42 e 43), e ordinanza del 1° ottobre 2020, *Slovenský plynárenský priemysel* (C-113/20, non pubblicata, EU:C:2020:772, punti 28 e 31). Per un'analisi critica della giurisprudenza della Corte sulla sua competenza a rispondere a questioni pregiudiziali nel quadro dell'adesione all'Unione dei nuovi Stati membri, v. Póltorak, N., «Ratione Temporis Application of the Preliminary Rulings Procedure», *Common Market Law Review*, n. 45, 2008, pagg. da 1357 a 1381.

prima dell'adesione in parola e avevano spiegato tutti i loro effetti. Un giudice rumeno chiamato a pronunciarsi su una siffatta controversia non avrebbe potuto interpellare la Corte quanto all'interpretazione o all'applicazione del diritto dell'Unione nell'ambito di essa.

89. Una conclusione del genere non è rimessa in discussione né dal principio dell'applicabilità immediata del diritto dell'Unione agli effetti futuri di una situazione insorta anteriormente all'adesione, né dalla giurisprudenza derivante dalla sentenza *Kremikovtzi*<sup>27</sup>, invocata dalla Commissione, in cui la Corte ha riconosciuto la propria competenza a interpretare le disposizioni dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da un lato, e la Repubblica di Bulgaria, dall'altro<sup>28</sup>, nel quadro di una controversia relativa a fatti anteriori all'adesione all'Unione da parte della Bulgaria.

90. Per quanto attiene al principio dell'applicabilità immediata del diritto dell'Unione agli effetti futuri di una situazione sorta anteriormente all'adesione, si deve constatare che un siffatto principio non è destinato ad applicarsi alla controversia relativa all'asserita violazione, da parte della Romania, delle disposizioni del TBI. Come osservato al paragrafo 86 delle presenti conclusioni, i fatti all'origine della controversia che sarebbero stati sottoposti al giudice rumeno sono l'abrogazione da parte della Romania del regime delle EGO, che comporterebbe una potenziale violazione da parte di quest'ultima degli obblighi derivanti dal TBI. La situazione all'origine della controversia si era pertanto consolidata prima dell'adesione e si collocava chiaramente nel passato<sup>29</sup>.

91. Quanto alla sentenza *Kremikovtzi*<sup>30</sup>, non mi pare che possa, per le medesime ragioni, rimettere in discussione l'accertamento dell'incompetenza della Corte. Infatti, benché i fatti della controversia nel procedimento principale di cui alla sentenza in parola traessero origine dal versamento di aiuti intervenuto anteriormente all'adesione, l'oggetto della controversia riguardava tuttavia la procedura di recupero di detti aiuti e, segnatamente, il fondamento giuridico su cui doveva basarsi una siffatta procedura, la quale era di certo successiva all'adesione. In altre parole, l'oggetto delle questioni pregiudiziali riguardava gli effetti di un aiuto tradottosi nell'adozione di un atto e in un evento concreto verificatosi *dopo* l'adesione di uno Stato membro, il che giustificava la competenza della Corte a rispondere alle questioni pregiudiziali.

<sup>27</sup> Sentenza del 29 novembre 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

<sup>28</sup> Accordo concluso e approvato a nome della Comunità con la decisione 94/908/CECA, CE, Euratom del Consiglio e della Commissione, del 19 dicembre 1994 (GU 1994, L 358, pag. 1).

<sup>29</sup> Una situazione siffatta si distingue dalla situazione sfociata nella sentenza del 3 settembre 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133), in cui la Corte ha riconosciuto la propria competenza in forza del principio dell'applicabilità immediata del diritto dell'Unione agli effetti futuri di una situazione insorta anteriormente all'adesione. Nella causa X, al giudice del rinvio era stata sottoposta, *dopo* l'adesione della Finlandia all'Unione, una controversia vertente sull'ammontare del risarcimento che era stato concesso parimenti *dopo* l'adesione, a fronte di un danno patito anteriormente ad essa. L'oggetto della controversia verteva quindi chiaramente su fatti posteriori all'adesione, anche se questi rappresentavano gli effetti futuri di una situazione sorta anteriormente, e mirava a definire una situazione pro futuro. La controversia sottoposta al tribunale arbitrale nell'ambito della presente causa verteva, quanto ad essa, non sull'importo dell'indennizzo riconosciuto bensì sull'esistenza stessa di una violazione da parte della Romania del TBI e riguardava quindi una situazione consolidatasi *prima* dell'adesione.

<sup>30</sup> Sentenza del 29 novembre 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).



92. Al contrario, la controversia che, nella specie, avrebbe potuto essere sottoposta a un giudice rumeno riguardava una situazione – l'asserita violazione del TBI da parte della Romania – definitivamente consolidatasi prima dell'adesione. Diversamente da quanto accaduto nella causa Kremikovtzi, la controversia sottoposta al tribunale arbitrale non concerneva quindi alcun fatto o atto posteriore all'adesione<sup>31</sup>.

93. Date le circostanze esposte, ritengo che, visto che la Corte non sarebbe competente a rispondere a una questione pregiudiziale sollevata da un giudice rumeno, ove adito, la controversia alla base del procedimento arbitrale non potrebbe rientrare nell'ordinamento giuridico dell'Unione, né prima, né dopo l'adesione all'Unione da parte della Romania.

94. Ne consegue che un procedimento arbitrale, come quello oggetto del caso di specie, avviato sulla base di un TBI concluso tra due Stati membri prima dell'adesione all'Unione dello Stato parte dell'arbitrato non può, a mio avviso, pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione, nemmeno dopo tale adesione, cosicché, a differenza del procedimento arbitrale oggetto della causa sfociata nella sentenza Achmea, non si può ravvisare una violazione degli articoli 267 e 344 TFUE.

95. Ulteriori elementi confermano la compatibilità del procedimento arbitrale di cui trattasi con il diritto dell'Unione quanto alla questione della violazione del principio della fiducia reciproca, a mio avviso insussistente.

*ii) Questione della sussistenza di una violazione del principio della fiducia reciproca*

96. Il Regno di Spagna afferma che, a decorrere dall'adesione all'Unione da parte della Romania, il giudice arbitrale di cui al caso di specie avrebbe dovuto dichiararsi incompetente a favore dei giudici rumeni, che erano quindi in grado di garantire la tutela dei diritti degli investitori.

97. La soluzione formulata dalla Corte nella sentenza Achmea si fonda infatti sulla violazione del principio della fiducia reciproca che può risultare dal ricorso a un procedimento arbitrale avviato sulla base di un TBI intra-UE nell'ambito di una controversia vertente potenzialmente sull'interpretazione o sull'applicazione del diritto dell'Unione.

98. Nella sentenza Achmea<sup>32</sup>, la Corte ha ricordato che il diritto dell'Unione poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Per completezza e a titolo di curiosità dottrinale, preciso che un giudice rumeno non potrebbe interpellare la Corte sugli effetti futuri della sua decisione relativa alla violazione da parte della Romania del TBI alla luce delle regole del diritto degli aiuti di Stato. Una questione siffatta, da una parte, sarebbe puramente ipotetica poiché, in pendenza del procedimento, non è possibile stabilire con certezza l'esito della controversia. Dall'altra, non ricadrebbe strettamente nell'oggetto della controversia sottoposta alla giurisdizione statale il quale concerne unicamente la questione se la Romania abbia violato o meno gli obblighi ad essa incombenti in forza del TBI, cosicché la risposta della Corte non sarebbe necessaria ai fini della definizione della controversia.

<sup>32</sup> Punto 34.

<sup>33</sup> Sentenza Achmea, punto 34. V., altresì, parere 2/13, del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punti 168 e 173 e giurisprudenza citata).

99. Come già illustrato nelle mie conclusioni nella causa *Komstroy*<sup>34</sup>, gli Stati membri sono infatti tenuti a ritenere, salvo circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri dell'Unione rispettino l'ordinamento dell'Unione, ivi compresi i diritti fondamentali, segnatamente il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, enunciato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il ruolo particolare delle istituzioni dell'Unione, tra cui, in prima battuta, la Commissione, chiamate a garantire il rispetto di detti valori, ne attesta l'importanza<sup>35</sup>.

100. Inoltre, è precisamente il fatto che le relazioni che l'Unione stringe con gli Stati terzi non si fondano sulla fiducia reciproca, la quale esiste all'interno dell'Unione, a giustificare la scelta delle parti contraenti di un accordo internazionale che vincola uno Stato membro e uno Stato terzo di concordare una procedura neutrale di risoluzione delle controversie, dal momento che nessuna parte contraente fa necessariamente pieno affidamento sul sistema giurisdizionale della controparte al fine di garantire il rispetto delle norme contenute nell'accordo<sup>36</sup>.

101. In quest'ottica, osservo che la conclusione di TBI tra gli Stati membri e gli Stati dell'Europa centrale e orientale è stata incoraggiata dalla Commissione quali strumenti necessari per preparare la loro adesione all'Unione<sup>37</sup>. L'articolo 74 dell'accordo del 1995, dal titolo «Promozione e tutela degli investimenti», promuove peraltro la conclusione di accordi tra gli Stati membri e la Romania per la promozione e la tutela degli investimenti. Il Regno di Svezia e la Romania hanno quindi aderito a detta sollecitazione concludendo il TBI controverso.

102. In siffatto contesto particolare, la clausola di risoluzione delle controversie contenuta nel TBI dovrebbe essere intesa come un palliativo alla mancanza di fiducia reciproca tra il Regno di Svezia e la Romania. Si trattava allora di assicurare la protezione degli investitori degli Stati membri in Romania, garantendo segnatamente, in mancanza di una sufficiente fiducia nel rispetto, da parte di detto Stato, prima dell'adesione, del diritto a un ricorso effettivo per gli investitori, la possibilità di ricorrere a un sistema di regolamento delle controversie esterno al sistema giurisdizionale dello Stato in parola<sup>38</sup>.

103. In tale contesto, mi sembra legittimo che gli arbitri, validamente aditi sulla base di un TBI la cui conclusione tra uno Stato membro e lo Stato parte dell'arbitrato prima della sua adesione è stata incoraggiata dall'Unione stessa, non si dichiarino, all'atto dell'adesione, incompetenti, poiché la procedura arbitrale consentiva prima dell'adesione, alla stregua del principio della fiducia reciproca successivamente ad essa, di assicurare la tutela dei diritti degli investitori.

104. Ritengo pertanto che, contrariamente alla situazione controversa nella causa che ha dato luogo alla sentenza *Achmea*, il principio della fiducia reciproca non possa giustificare l'interruzione del procedimento arbitrale di cui trattasi che consentiva originariamente di sopperire alla mancanza di fiducia nel rispetto da parte della Romania dei requisiti in materia di tutela giurisdizionale effettiva anteriormente alla sua adesione all'Unione.

<sup>34</sup> C-741/19, EU:C:2021:164, paragrafo 64.

<sup>35</sup> V. le mie conclusioni nella causa *Komstroy* (C-741/19, EU:C:2021:164, paragrafo 65 e giurisprudenza citata).

<sup>36</sup> V. conclusioni dell'avvocato generale Bot nel parere 1/17 (Accordo CETA UE-Canada, EU:C:2019:72, paragrafo 82).

<sup>37</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet nella causa *Achmea* (C-284/16, EU:C:2017:699, paragrafo 40). V., altresì, Kochenov, D., Lavranos, N., «*Achmea Versus the Rule of Law: CJEU's Sigmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*», *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021.

<sup>38</sup> Sul contributo dato dai tribunali arbitrali nel diritto degli investimenti al rispetto dello Stato di diritto, v. Sadowski, W., «*Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe?*», *Common Market Law Review*, n. 55, 2018, pagg. da 1025 a 1060, e Kochenov, D., Lavranos, N., op. cit.

105. In udienza, la European Food e a. e Viorel Micula e a. hanno inoltre sostenuto che l'adesione all'Unione da parte della Romania non aveva consentito di instaurare una fiducia reciproca tra detto Stato membro e gli Stati membri, posto che la sua adesione era stata subordinata all'istituzione di un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti da detto Stato membro per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione<sup>39</sup>.

106. Tale argomentazione non è convincente. La sola decisione MCV non comporta la disapplicazione del principio della fiducia reciproca nelle relazioni tra la Romania e gli Stati membri. Una diffidenza generalizzata nei confronti di uno Stato membro sulla sola base dell'attuazione di un meccanismo come quello contenuto nella decisione MCV all'atto della sua adesione non può sussistere nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Una fiducia circoscritta nei confronti dei giudici rumeni può fondarsi unicamente su elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro<sup>40</sup>.

### *3) Conclusioni sull'applicazione della giurisprudenza Achmea*

107. Dal complesso delle considerazioni che precedono consegue, a mio avviso, che i principi tratti dalla sentenza Achmea non possono applicarsi a un procedimento arbitrale, come quello in discussione nel caso di specie, avviato sulla base di un TBI concluso tra due Stati membri prima dell'adesione all'Unione dello Stato parte dell'arbitrato, e ancora pendente alla data di detta adesione<sup>41</sup>.

108. Non si può quindi, a mio parere, ravvisare l'esistenza di un vulnus ai principi dell'autonomia del diritto dell'Unione e della fiducia reciproca e di una violazione degli articoli 267 e 344 TFUE.

### *b) Compatibilità del TBI con il diritto dell'Unione al momento della sua conclusione*

109. Il Regno di Spagna, sostenuto in tal senso dalla Commissione, afferma che il TBI è, sin dalla sua conclusione, contrario al diritto dell'Unione in quanto il tribunale arbitrale istituito sulla sua base rischia di compromettere il processo decisionale democratico negli Stati che ne sono parte poiché priva una legge rumena dell'effetto economico perseguito, nonché di pregiudicare l'efficace applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato in Svezia e in Romania, e che il TBI lederebbe quindi il funzionamento delle istituzioni dell'Unione conformemente al loro quadro costituzionale.

110. Da un lato, e in termini generali, dubito dell'efficacia probatoria di un siffatto argomento alla luce del contesto in cui si colloca la conclusione del TBI tra gli Stati membri e la Romania, posto che questi ultimi sono stati incoraggiati in tal senso dall'Unione con l'accordo del 1995. Una soluzione siffatta equivarrebbe inoltre ad ammettere retroattivamente l'incompatibilità di un TBI

<sup>39</sup> Decisione 2006/928/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione (GU 2006, L 354, pag. 56; in prosieguo: la «decisione MCV»).

<sup>40</sup> V., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2018, Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 61).

<sup>41</sup> Osservo inoltre che una tale soluzione ha il vantaggio di presentare una certa coerenza con la prassi seguita dai giudici arbitrali quanto alla loro competenza *ratione temporis*. V., a tal riguardo, Matringe, J. «La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps», in Leben, C. (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, L.G.D.J., 2010, pagg. 78 e 79.

concluso da uno Stato membro con uno Stato terzo e a mettere in dubbio, più in generale, senza alcun altro esame e in maniera astratta, la compatibilità di tutti i TBI conclusi tra uno Stato membro e uno Stato terzo.

111. Dall'altro, per quanto attiene più nello specifico al procedimento arbitrale in esame, ritengo che esso non porti, in nessun caso, né a privare di efficacia le disposizioni del diritto degli aiuti di Stato, né, di conseguenza, a privare una legge rumena dell'effetto economico perseguito, posto che, per le ragioni che andrò ad illustrare nel quadro dell'esame dell'impugnazione principale, a mio avviso, le disposizioni del diritto degli aiuti di Stato trovano applicazione nella presente fattispecie.

112. Date le circostanze, il TBI non può essere considerato incompatibile con il diritto dell'Unione sin dalla sua conclusione.

### ***3. Conclusione sull'impugnazione incidentale***

113. Alla luce del complesso delle considerazioni che precedono, il primo motivo dell'impugnazione incidentale deve essere respinto. Posto che il secondo motivo dell'impugnazione incidentale dipende dall'accoglimento del primo, ritengo occorra respingere l'impugnazione incidentale nella sua interezza.

## **B. Sull'impugnazione principale**

114. La Commissione, sostenuta in tal senso dal Regno di Spagna, invoca tre motivi a fondamento della propria impugnazione. Essa afferma che il Tribunale avrebbe, in primo luogo, commesso un errore di diritto e qualificato i fatti erroneamente dal punto di vista giuridico in quanto ha stabilito che la Commissione non era competente ad adottare la decisione impugnata; in secondo luogo, esso avrebbe commesso un errore di diritto giudicando che il diritto dell'Unione non trovava applicazione al risarcimento concesso e, in terzo luogo, un errore di diritto nel concludere che la decisione impugnata aveva erroneamente qualificato la concessione di un risarcimento da parte del tribunale arbitrale come un vantaggio.

115. Inizierò la mia analisi esaminando i primi due motivi di impugnazione, volti a determinare il momento in cui l'aiuto di Stato deve essere considerato come concesso dallo Stato membro, al fine di stabilire se il diritto degli aiuti di Stato fosse a quel tempo applicabile e se la Commissione fosse competente ad adottare la decisione controversa.

### ***1. Sui primi due motivi di impugnazione: la determinazione del momento di concessione di un aiuto***

116. Ai punti 66 e seguenti della sentenza impugnata, il Tribunale ha ricordato che il diritto dell'Unione è divenuto applicabile in Romania solo dalla data della sua adesione all'Unione e che, di conseguenza, solo a partire da detta data la Commissione ha acquisito la competenza che le consente di esercitare sull'attività della Romania il controllo di cui all'articolo 108 TFUE. Esso ne ha correttamente dedotto che, per stabilire la competenza della Commissione ad adottare la decisione controversa, occorre definire la data in cui il presunto aiuto è stato concesso.

117. A parere del Tribunale, «il diritto dei ricorrenti [in primo grado] di ricevere il risarcimento in questione è sorto ed ha iniziato a produrre i suoi effetti nel momento in cui la Romania ha abrogato l'EGO 24, vale a dire prima dell'adesione della Romania all'Unione, e dunque (...) il momento in cui tale diritto è stato conferito ai ricorrenti (...) è anteriore all'adesione»<sup>42</sup>.

118. La Commissione afferma che la European Food e a. e Viorel Micula e a. hanno ottenuto un diritto al risarcimento concesso solo allorché [il lodo] è divenuto un titolo esecutivo in forza del diritto nazionale, posto che, in precedenza, il diritto di ricevere il risarcimento era incerto. La misura che riconosce l'asserito aiuto non sarebbe quindi l'abrogazione delle EGO da parte della Romania, ma l'attuazione [del lodo] da parte di detto Stato membro. Posto che tale misura è stata adottata dopo l'adesione della Romania all'Unione, avrebbe trovato applicazione il diritto dell'Unione e la Commissione sarebbe stata competente a esaminarla ai sensi degli articoli 107 e 108 TFUE; il Tribunale avrebbe quindi commesso un errore di diritto giudicando che detta misura era stata accordata prima dell'adesione e che la Commissione era priva di competenza.

119. A tal riguardo, sottolineo brevemente che, diversamente da quanto sostengono la European Food e a. e Viorel Micula e a., la questione del momento della concessione di un aiuto di Stato costituisce effettivamente una questione di diritto che può essere fatta oggetto di impugnazione quando si tratta di stabilire se un risarcimento riconosciuto mediante un lodo in ragione dell'intervenuta abrogazione da parte dello Stato di un regime di incentivi fiscali debba essere considerato come concesso al momento di detta abrogazione, prima all'adesione, o piuttosto in occasione del versamento effettivo del risarcimento in esecuzione del [lodo], dopo l'adesione.

120. Inoltre, l'argomento dedotto dalla European Food e a. e da Viorel Micula e a., secondo cui la Commissione mirerebbe a modificare la decisione controversa affermando che l'aiuto di cui trattasi non risulterebbe più dal versamento del risarcimento, ma dall'adozione del [lodo], non può essere accolto poiché i motivi sollevati dalla Commissione nella sua impugnazione traggono origine dalla stessa sentenza impugnata e sono volti a contestarne la fondatezza<sup>43</sup>.

121. Come ricordato dal Tribunale, nella sentenza *Magdeburger Mühlenwerke*<sup>44</sup> la Corte ha stabilito che «gli aiuti devono essere considerati concessi nel momento in cui il diritto di riceverli sia conferito al beneficiario in forza della normativa nazionale applicabile».

122. Una siffatta formulazione sembra indicare, come affermano la European Food e a. e Viorel Micula e a., che il momento della concessione di una misura di aiuto non coincide necessariamente con il momento del suo versamento effettivo.

123. Benché frequentemente così avvenga, resta il fatto che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, un aiuto può essere considerato come concesso anche se non è stato effettivamente versato<sup>45</sup>. Analogamente, con riferimento a un aiuto versato in applicazione di un regime di aiuti, è stato giudicato che l'aiuto può essere considerato come concesso solo quando è stato attuato in maniera efficace, anche se il regime di aiuti preesisteva<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Punto 78 della sentenza impugnata.

<sup>43</sup> Sentenza del 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e a./Commissione* (C-176/06 P, non pubblicata, EU:C:2007:730, punto 17).

<sup>44</sup> Sentenza del 21 marzo 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200, punto 40).

<sup>45</sup> Sentenza del 19 dicembre 2019, *Arriva Italia e a.* (C-741/18, EU:C:2019:1121, punti 37 e 41).

<sup>46</sup> Sentenza del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, punto 88), e ordinanza del 7 dicembre 2017, *Irlanda/Commissione* (C-369/16 P, non pubblicata, EU:C:2017:955, punto 29).

124. In altre parole, il versamento effettivo dell'aiuto non costituisce, a mio avviso, il criterio che consente di determinare il momento in cui la misura deve essere considerata come concessa. Il mero fatto che il versamento del risarcimento di cui trattasi è intervenuto successivamente all'adesione non è quindi sufficiente per stabilire che esso è stato effettivamente concesso in quel momento, con la conseguenza che il diritto dell'Unione sarebbe stato applicabile e la Commissione competente.

125. Dal principio enunciato nella sentenza *Magdeburger Mühlenwerke*<sup>47</sup> mi sembra derivare chiaramente che l'elemento determinante per stabilire il momento di concessione di un asserito aiuto è l'acquisizione, da parte del beneficiario della misura di cui trattasi, di un diritto certo ad ottenerla e il corrispondente impegno, a carico dello Stato, di concedere la misura. Un siffatto criterio appare logico alla luce dell'obiettivo perseguito dal diritto degli aiuti di Stato, che mira a disciplinare gli interventi statali, posto che il semplice impegno da parte dello Stato ad agire a sostegno di un'impresa beneficiaria può già, di per sé, comportare una distorsione della concorrenza sul mercato, ancor prima che il sostegno sia effettivamente attuato.

126. A parere del Tribunale, il diritto di *European Food e a.* e di *Viorel Micula e a.* di ricevere l'asserita misura di aiuto, consistente nel risarcimento riconosciuto con il lodo, è sorto all'atto della violazione da parte della Romania delle disposizioni del TBI. Non condivido questa analisi.

127. È chiaro che il risarcimento riconosciuto dal tribunale arbitrale, l'asserito aiuto, trae origine da detta violazione. È vero inoltre, come osserva il Tribunale al punto 78 della sentenza impugnata, che, secondo la ratio della normativa in materia di responsabilità, il lodo e i versamenti compiuti dalla Romania costituiscono, per la *European Food e a.* e *Viorel Micula e a.*, il riconoscimento di un diritto ad essere risarciti per un danno imputabile alla Romania e l'esecuzione di detto diritto. In questo senso, il lodo e la sua esecuzione si limitano a constatare, in maniera retroattiva, un diritto che preesisteva<sup>48</sup>.

128. Tuttavia, benché nella normativa in materia di responsabilità il diritto di ottenere il risarcimento sorga nel momento in cui si verifica il danno, tale lettura non può comportare, nel diritto degli aiuti di Stato, che il diritto di ricevere l'aiuto sorga anch'esso in detto momento. Infatti, giacché il lodo accerta *retroattivamente* l'esistenza di un diritto al risarcimento è proprio perché, anteriormente ad esso, un siffatto diritto non esisteva con certezza.

129. Nel corso del procedimento arbitrale, l'esistenza di una violazione delle disposizioni del TBI da parte della Romania, e quindi di un danno subito dalla *European Food e a.* e dalla *Viorel Micula e a.*, è stata oggetto di discussione, poiché la Romania contestava il fatto stesso di dover versare un risarcimento. Soltanto dopo la definizione della controversia la Romania è stata tenuta ad accordare il risarcimento di cui trattasi e alla *European Food e a.* e a *Viorel Micula e a.* è stato conferito il diritto di riceverlo, a norma del diritto degli aiuti di Stato e ai sensi della succitata giurisprudenza. A tal riguardo, poco importa che, nella normativa in materia di responsabilità, il lodo accerti per il passato l'esistenza di un diritto di ottenere il risarcimento di un danno.

130. Posto che il diritto degli aiuti di Stato concerne la condotta degli Stati membri e il loro impegno a concedere determinate misure, non si può ritenere che la Romania fosse tenuta a risarcire la *European Food e a.* e *Viorel Micula e a.* nel momento stesso in cui contestava precisamente l'esistenza di un obbligo del genere.

<sup>47</sup> Sentenza del 21 marzo 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200).

<sup>48</sup> Punto 84 della sentenza impugnata.

131. Una siffatta interpretazione è certamente coerente con la giurisprudenza in materia di concessione di un aiuto mediante decisione di una giurisdizione nazionale, che mi sembra poter essere applicata in via analogica alle circostanze del caso di specie. Difatti, è stato dichiarato che un aiuto deriva da una decisione di una giurisdizione nazionale quando è detta decisione a riconoscere il diritto del beneficiario ad ottenere l'aiuto e a stabilire il suo importo definitivo<sup>49</sup>. La Corte ha inoltre considerato che la decisione di un giudice del provvedimento sommario che ristabilisce una misura di aiuto, dopo aver accertato che quest'ultima era stata abolita in violazione di un contratto, deve essere interpretata come diretta essa stessa a riconoscere un nuovo aiuto<sup>50</sup>.

132. In tale contesto, ritengo che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto e abbia erroneamente qualificato i fatti sotto il profilo giuridico giudicando che l'aiuto di cui trattasi è stato accordato al momento della violazione del TBI da parte della Romania.

133. Ciò a maggior ragione in quanto, nella specie, il danno subito dalla European Food e a. e da Viorel Micula e a. deriva dall'abrogazione della EGO compiuta dalla Romania nell'ottica di adeguarsi alle disposizioni del diritto degli aiuti di Stato. In altre parole, a parere del Tribunale, l'abrogazione di una misura d'aiuto ai sensi dell'accordo del 1995, che rinvia all'articolo 107 TFUE, la cui esistenza è stata accertata dal Consiglio per la concorrenza rumeno costituisce essa stessa la misura d'aiuto. Seguendo tale logica, il Consiglio per la concorrenza rumeno, competente al momento dell'abrogazione, avrebbe quindi dovuto, mentre chiedeva alla Romania di abrogare la EGO, tener conto del fatto che una siffatta abrogazione parimenti integrava un aiuto di Stato ed esaminare nuovamente detta misura alla luce delle disposizioni dell'accordo del 1995 sugli aiuti di Stato.

134. In termini più generali, come osserva la Commissione, la soluzione adottata dal Tribunale porterebbe a riconoscere che un aiuto di Stato può essere automaticamente concesso mediante l'abrogazione di un aiuto di Stato. Tale circostanza mi sembra mettere in luce l'incoerenza della soluzione adottata nella sentenza impugnata.

135. Ritengo quindi che l'asserita misura di aiuto sia stata concessa non al momento della violazione del TBI, bensì nel momento in cui è stato riconosciuto il diritto della European Food e a. e di Viorel Micula e a. di ricevere il risarcimento e in cui, correlativamente, la Romania è stata tenuta a versare detto risarcimento, vale a dire dopo l'adozione del lodo, in occasione della sua attuazione da parte della Romania. Orbene, detto momento era posteriore all'adesione all'Unione da parte della Romania. Ne consegue che il diritto dell'Unione si applicava di certo alla misura in parola e che la Commissione era competente, ai sensi dell'articolo 108 TFUE, a esaminare il risarcimento di cui trattasi alla luce del diritto degli aiuti di Stato.

136. Devo precisare, a tal riguardo, per esigenze di coerenza, che la questione della competenza della Commissione a esaminare una misura risultante da un risarcimento concesso mediante un lodo pronunciato da un tribunale arbitrale alla luce del diritto in materia di aiuti di Stato è una questione distinta da quella della competenza dei giudici rumeni a interpellare la Corte, nel quadro della controversia sfociata nella concessione di un risarcimento, mediante rinvio pregiudiziale. L'incompetenza di questi ultimi a tale titolo non pregiudica quindi in alcun modo la competenza della Commissione a esaminare, alla luce del diritto degli aiuti di Stato, il

<sup>49</sup> Sentenza del 29 novembre 2018, ARFEA/Commissione (T-720/16, non pubblicata, EU:T:2018:853, punto 185).

<sup>50</sup> Sentenza del 26 ottobre 2016, DEI e Commissione/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, punto 59).

risarcimento concesso dopo l'adesione. Come osserva a giusto titolo la Commissione, detta competenza è determinata unicamente dal fatto generatore dell'aiuto, che interviene nel momento in cui il diritto di ricevere il risarcimento è riconosciuto in modo certo.

137. I primi due motivi di impugnazione devono pertanto, a mio avviso, essere accolti<sup>51</sup>.

138. Giacché tale analisi consente di riconoscere la competenza della Commissione ad esaminare il risarcimento di cui trattasi ai sensi dell'articolo 108 TFUE, occorre di conseguenza respingere la prima parte del primo motivo dedotta in primo grado nell'ambito del ricorso di annullamento nella causa T-704/15 e la prima parte del secondo motivo dedotta nelle cause T-624/15 e T-694/15.

## ***2. Sul terzo motivo di impugnazione: esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 107 TFUE***

139. Con il suo terzo motivo, la Commissione contesta al Tribunale di aver commesso un errore di diritto interpretando erroneamente la nozione di «vantaggio» e omettendo di rispondere a tutti gli argomenti illustrati nella decisione impugnata per affermare l'esistenza di un siffatto vantaggio.

140. Al punto 103 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato che, ai sensi della giurisprudenza derivante dalla sentenza *Asteris e a.*<sup>52</sup>, il risarcimento di un danno subito non può essere considerato un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE, a meno che detto risarcimento non porti a indennizzare la revoca di un aiuto illegale o incompatibile<sup>53</sup>. A parere del Tribunale, non ricorreva tale ipotesi.

141. Da una parte, ai punti 104 e 105 della sentenza impugnata, il Tribunale ha stabilito che, poiché dal primo motivo di annullamento risulta che il diritto dell'Unione non si applicava al risarcimento di cui trattasi e che la Commissione non era competente a procedere al suo esame, detto risarcimento non può essere considerato il risarcimento del ritiro di un aiuto illegittimo o incompatibile.

142. Dall'altra, ai punti da 106 a 108 della sentenza impugnata, il Tribunale ha precisato che il risarcimento di cui trattasi copriva un periodo anteriore all'adesione, durante il quale il diritto dell'Unione non trovava applicazione, cosicché, per detto periodo, i ricorrenti potevano avvalersi della giurisprudenza risultante dalla sentenza *Asteris e a.*<sup>54</sup>. Orbene, nella decisione controversa, la Commissione non avrebbe distinto tra i periodi anteriori e quelli posteriori all'adesione. Ne consegue che la decisione controversa sarebbe viziata da illegittimità in quanto il riconoscimento del risarcimento danni è ivi qualificato come «vantaggio», quantomeno per il periodo anteriore all'adesione.

<sup>51</sup> L'argomento sviluppato dalla Commissione nel secondo motivo di impugnazione si fonda essenzialmente sulla premessa secondo cui, quand'anche si ritenga che la misura sia stata concessa prima dell'adesione, il diritto dell'Unione trovava comunque applicazione poiché il versamento del risarcimento costituisce l'effetto futuro di una situazione sorta in precedenza. Ritengo che il Tribunale abbia erroneamente collocato il momento della concessione dell'aiuto anteriormente all'adesione, posto che quest'ultimo si è in realtà venuto in essere con l'adozione del lodo e la sua attuazione da parte della Romania. Non è necessario stabilire se il Tribunale abbia commesso un errore di diritto giudicando che la corresponsione del risarcimento non costituiva l'effetto futuro di una situazione anteriore e che il diritto dell'Unione non era pertanto applicabile.

<sup>52</sup> Sentenza del 27 settembre 1988 (da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>53</sup> Sentenza del 27 settembre 1988, *Asteris e a.* (da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457, punti 23 e 24). V. altresì conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle cause riunite *Atzeni e a.* (C-346/03 e C-529/03, EU:C:2005:256, paragrafo 198).

<sup>54</sup> Sentenza del 27 settembre 1988 (da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).



143. Rilevo, sotto questo profilo, una certa contraddizione nei motivi della sentenza impugnata relativamente al punto se la Commissione avesse correttamente accertato l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 107 TFUE a favore di European Food e a. e di Viorel Micula e a. Il Tribunale ha infatti rilevato, da una parte, la mancanza di un vantaggio a causa dell'inapplicabilità del diritto dell'Unione al risarcimento di cui trattasi, pur ammettendo, dall'altra, che detto diritto fosse in realtà applicabile in quanto il risarcimento concerneva il ritiro delle EGO per il periodo posteriore all'adesione. Non comprendo pertanto chiaramente il fondamento del ragionamento seguito dal Tribunale per accogliere siffatto motivo.

144. Inoltre, entrambi suddetti motivi mi sembrano viziati da un errore di diritto.

145. In primo luogo, nei limiti in cui è stato giudicato che la Commissione non poteva validamente riconoscere l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 107 TFUE poiché non era competente ad esaminare il risarcimento alla luce del diritto degli aiuti di Stato, occorre osservare che detto ragionamento si fonda esclusivamente su una premessa errata. Come ho dimostrato nel corso dell'esame dei primi due motivi di impugnazione, il diritto dell'Unione era applicabile e la Commissione era competente, per quanto riguarda il risarcimento di cui trattasi, posto che quest'ultimo è stato accordato dopo l'adesione all'Unione da parte della Romania.

146. Il Tribunale non poteva pertanto, senza commettere un errore in diritto, stabilire solo su tale base che il risarcimento di cui trattasi non poteva essere considerato come il risarcimento del ritiro di un aiuto illegittimo o incompatibile.

147. In secondo luogo, relativamente all'argomento secondo cui la parte del risarcimento corrispondente al periodo anteriore all'adesione ricadrebbe nell'ambito della giurisprudenza derivante dalla sentenza *Asteris e a.*<sup>55</sup>, mi sembra in effetti che tale elemento sia pertinente ai fini dell'analisi dell'esistenza di un vantaggio. Intendo il ragionamento seguito dal Tribunale come diretto a sostenere che il risarcimento di cui trattasi non poteva essere considerato come volto a ristabilire un aiuto illegittimo poiché, prima dell'adesione, l'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE non poteva essere accertata, dato che il diritto dell'Unione non trovava ancora applicazione.

148. Laddove è chiaro che, ai fini di stabilire il momento in cui la misura è stata concessa, conta soltanto il momento in cui è stato riconosciuto il diritto a percepire il risarcimento, in sede di qualificazione della misura quale aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE, la peculiare natura che riveste detta misura, consistente nel risarcimento versato dalla Romania a seguito di un lodo, può rilevare, segnatamente ai fini dell'applicazione della giurisprudenza derivante dalla sentenza *Asteris e a.*<sup>56</sup>.

149. Tuttavia, come affermato dalla Commissione, l'applicazione di detta giurisprudenza, nelle circostanze della presente causa, non dipende unicamente dalla questione se il risarcimento porti a ristabilire una misura che poteva o meno essere qualificata come aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE prima dell'adesione. Infatti, nella decisione controversa, la Commissione ha escluso che la giurisprudenza in parola potesse essere applicata a un procedimento arbitrale al

<sup>55</sup> Sentenza del 27 settembre 1988 (cause da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>56</sup> Sentenza del 27 settembre 1988 (cause da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

di fuori di norme generali nazionali in materia di responsabilità civile degli Stati membri<sup>57</sup>, e si è fondata parimenti sul fatto che gli incentivi concessi a norma della EGO erano stati qualificati dal Consiglio per la concorrenza rumeno come «aiuti» sulla base dell'accordo del 1995<sup>58</sup>.

150. Orbene, indipendentemente dalla questione se detti due elementi fossero fondati, osservo che il Tribunale ha valutato la legittimità soltanto di uno dei motivi che hanno indotto la Commissione a disapplicare la giurisprudenza derivante dalla sentenza *Asteris e a.*<sup>59</sup>, per concluderne che essa era invece applicabile.

151. Ciò posto, sono del parere che il Tribunale non poteva, senza commettere un errore di diritto, concludere nel senso dell'esistenza di un'illegittimità che viziava la decisione della Commissione relativamente alla qualificazione del «vantaggio», senza verificare, nel contempo, se la Commissione avesse erroneamente escluso l'applicazione della giurisprudenza derivante dalla sentenza *Asteris e a.*<sup>60</sup> in ragione, da una parte, del fondamento sotteso al riconoscimento del risarcimento, e dall'altra, per il fatto che la EGO era stata qualificata dal Consiglio per la concorrenza rumeno come «aiuto di Stato» sulla base dell'accordo del 1995.

152. Da quanto precede risulta che il terzo motivo di impugnazione deve, a mio avviso, essere accolto.

153. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, ritengo che occorra annullare la sentenza impugnata, respingere la prima parte del primo motivo nella causa T-704/15 e la prima parte del secondo motivo nelle cause T-624/15 e T-694/15 e rinviare le cause riunite T-624/15, T-694/15 e T-704/15 al Tribunale, affinché si pronunci sui motivi restanti.

## VII. Conclusione

154. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte:

- di respingere l'impugnazione incidentale,
- di annullare la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 18 giugno 2019, *European Food SA e a./Commissione* (T-624/15, T-694/15 e T-704/15, EU:T:2019:423),
- di respingere la prima parte del secondo motivo nelle cause T-624/15 e T-694/15 e la prima parte del primo motivo nella causa T-704/15,
- di rinviare le cause riunite T-624/15, T-694/15 e T-704/15 al Tribunale affinché si pronunci sui restanti motivi.

<sup>57</sup> Considerando 101 e 102 della decisione controversa.

<sup>58</sup> Considerando da 105 a 107 della decisione controversa.

<sup>59</sup> Sentenza del 27 settembre 1988 (da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>60</sup> Sentenza del 27 settembre 1988 (da 106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).