



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PAOLO MENGOTZI
presentate il 27 giugno 2013¹

Causa C-284/12

Deutsche Lufthansa AG
contro
Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Koblenz (Germania)]

«Aiuti di Stato — Vantaggi concessi da un'impresa pubblica che gestisce un aeroporto a una compagnia aerea a basso costo — Decisione di apertura del procedimento di indagine formale — Obbligo eventuale delle giurisdizioni degli Stati membri di conformarsi alla valutazione della Commissione relativa all'esistenza di un aiuto»

1. Nell'ambito del presente giudizio, l'Oberlandesgericht Koblenz pone alla Corte alcuni quesiti pregiudiziali relativi all'interpretazione degli articoli 107, paragrafo 1, e 108, paragrafo 3, TFUE. Tali quesiti sono sorti nel quadro di un'azione intentata da Deutsche Lufthansa AG (in prosieguo: «DL») contro Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH (in prosieguo: «FFH»), la società a capitale in maggioranza pubblico che gestisce l'aeroporto di Frankfurt-Hahn (in prosieguo: «l'aeroporto di F-H»), allo scopo di ottenere, tra l'altro, il recupero dei presunti aiuti che la convenuta avrebbe concesso a Ryanair Ltd (in prosieguo: «RA») sotto forma di tariffe aeroportuali e altre condizioni contrattuali preferenziali. Da un lato, l'Oberlandesgericht Koblenz chiede se, nella valutazione dell'esistenza di un aiuto di Stato ai fini dell'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, esso è vincolato dalla decisione della Commissione di avviare il procedimento di indagine formale relativamente alle misure oggetto del procedimento principale. Dall'altro, esso interroga la Corte sulla condizione di selettività degli aiuti ai sensi dell'articolo 107 TFUE.

2. Nell'ordinanza di rinvio l'Oberlandesgericht Koblenz osserva che la controversia principale si inserisce in una serie di azioni intentate dinanzi alle giurisdizioni tedesche da concorrenti di compagnie aeree cosiddette «low cost» (a basso costo) e aventi ad oggetto le presunte sovvenzioni di cui queste ultime avrebbero beneficiato da parte dei gestori pubblici di diversi aeroporti situati in Germania².

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — Una di queste azioni, introdotta da Air Berlin contro l'aeroporto di Lubecca, è all'origine di un altro rinvio pregiudiziale, questa volta ad iniziativa dello Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht (causa pendente C-27/13), in cui è sollevata la medesima questione del margine di autonomia di cui dispone il giudice nazionale nell'accertare l'esistenza di un aiuto nel caso in cui la Commissione abbia parallelamente avviato un procedimento di indagine formale ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, TFUE.

I – Procedimento principale e questioni pregiudiziali

3. Il 26 novembre 2006 DL ha adito il Landgericht Bad Kreuznach denunciando una serie di pratiche commerciali che FFH avrebbe posto in essere in favore di RA e che, a suo avviso, costituivano aiuti di Stato non notificati concessi in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE. Essa faceva valere, in sostanza, che le tariffe aeroportuali adottate da FFH nel 2001 e nel 2006 erano state fissate sulla base di contratti precedentemente conclusi con RA, responsabile di oltre il 95% del traffico di passeggeri dell'aeroporto di F-H, e contenevano condizioni che, di fatto, favorivano tale compagnia aerea. In particolare, RA avrebbe beneficiato di tariffe particolarmente basse grazie a riduzioni dei canoni calcolate in funzione del numero di passeggeri in partenza, nonché di una sovvenzione denominata «marketing support» (aiuto alla commercializzazione), accordata in caso di apertura di nuove linee³. Tali misure sarebbero state concesse nonostante FFH continuasse a registrare perdite. DL chiedeva che fosse disposto il recupero delle somme versate a RA a titolo di aiuto alla commercializzazione tra il 2002 e il 2005 e di quelle corrispondenti alle riduzioni dei canoni di cui questa avrebbe beneficiato nel 2003 in conseguenza dell'applicazione del tariffario adottato da FFH per il 2001⁴, nonché la cessazione di ogni futuro aiuto in favore di RA.

4. Il 16 maggio 2007 il Landgericht Bad Kreuznach ha respinto la domanda di DL in quanto infondata⁵. L'appello introdotto da quest'ultima dinanzi all'Oberlandesgericht Koblenz è stato a sua volta respinto con sentenza del 25 febbraio 2009. Il 10 febbraio 2011 il Bundesgerichtshof, adito da DL, ha annullato tale sentenza e ha rinviato la causa dinanzi all'Oberlandesgericht Koblenz affinché valutasse l'esistenza di una violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE.

5. Il 17 giugno 2008 la Commissione ha deciso l'avvio del procedimento di indagine formale ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, TFUE riguardo a possibili aiuti di Stato concessi dalla Repubblica federale tedesca a FFH e a RA⁶. Tra le misure oggetto della decisione figuravano la riduzione di canoni e tasse aeroportuali nonché disposizioni particolari in materia di commercializzazione in favore di RA.

6. Il 4 gennaio 2012 l'Oberlandesgericht Koblenz ha inviato alla Commissione una richiesta di parere in base al punto 3.2 della comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (in prosieguo: la «Comunicazione»)⁷. Emerge dalle osservazioni presentate dinanzi alla Corte che tale richiesta riguardava la concessione dell'aiuto alla commercializzazione, un presunto aiuto all'avviamento e la riduzione delle tasse aeroportuali sulla base del tariffario del 2006. L'Oberlandesgericht Koblenz chiedeva, in sostanza, se tali misure fossero imputabili allo Stato⁸ e selettive. La Commissione ha risposto con parere del 29 febbraio 2012, in cui, richiamando la giurisprudenza della Corte, essa ha sostenuto, in via preliminare, che l'Oberlandesgericht Koblenz non era nella specie tenuto a valutare l'esistenza di aiuti di Stato, potendosi fondare sulla decisione di avvio del procedimento di indagine formale al fine di trarre tutte le necessarie conseguenze dalla violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE. Essa rilevava peraltro sul punto un contrasto tra l'orientamento seguito dal Bundesgerichtshof e la giurisprudenza della Corte. Sulla questione posta dall'Oberlandesgericht Koblenz la Commissione precisava che le misure in questione erano al contempo imputabili allo Stato e selettive.

3 — In base a quanto affermato da DL nelle sue osservazioni, tale sovvenzione sarebbe stata calcolata in funzione non del volume dei passeggeri sulla nuova linea, ma di quello totale dei passeggeri trasportati dalla compagnia interessata.

4 — Secondo DL, tali riduzioni corrispondono a un ammontare di EUR 2,679 milioni.

5 — La decisione riguardava l'applicazione dell'articolo 823, paragrafo 2, primo comma, BGB e la possibilità di qualificare l'art. 108, paragrafo 3, come disposizione a tutela della ricorrente.

6 — Aiuto di Stato C 29/08 (ex NN 54/07) – Germania – Flughafen Frankfurt Hahn & Ryanair (GU C 12 del 17 gennaio 2009, pag. 6).

7 — GU C 85 del 9 aprile 2009, pag. 1.

8 — Tale questione riguardava, in particolare, le misure accordate in base al contratto intervenuto tra FFH e Ryanair nel 2001, allorché il consiglio di sorveglianza di FFH non era in maggioranza composto da rappresentanti dei poteri pubblici.

7. Ritenendo, contrariamente a quanto suggerito dalla Commissione nel suo parere, di dover procedere a valutare se le misure in causa costituiscano aiuti di Stato, l'Oberlandesgericht Koblenz ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte i seguenti quesiti pregiudiziali:

«1) Se una decisione non impugnata della Commissione di avviare il procedimento di indagine formale, ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, seconda frase, TFUE, abbia come conseguenza che, nell'ambito di un ricorso volto al recupero di pagamenti effettuati e alla cessazione di futuri pagamenti, un giudice nazionale sia vincolato alla posizione giuridica espressa dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento per quanto riguarda la valutazione del carattere di aiuto di Stato di una misura.

2) Nell'ipotesi di risposta negativa alla prima questione:

se le misure adottate da un'impresa pubblica, ai sensi dell'articolo 2, lettera b), sub i), della direttiva 2006/111/CE⁹ (...), la quale gestisca un aeroporto, debbano essere considerate, sotto il profilo della normativa in materia di aiuti di Stato, come misure selettive ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, in quanto ne beneficiano unicamente i vettori aerei che utilizzano l'aeroporto.

3) Nell'ipotesi di risposta negativa alla seconda questione:

a) se si possa considerare che il criterio della selettività non sia soddisfatto allorché l'impresa pubblica che gestisce l'aeroporto concede in modo trasparente le stesse condizioni di utilizzo a tutte le compagnie aeree che decidono di utilizzare l'aeroporto;

b) se ciò valga anche quando il gestore aeroportuale persegua un determinato modello commerciale (nella presente fattispecie: la cooperazione con cosiddetti vettori a basso costo, o low-cost-carrier), le condizioni di utilizzo vengano adeguate a tale clientela e pertanto non siano ugualmente interessanti per tutte le compagnie aeree;

c) se si configuri comunque una misura selettiva qualora la parte essenziale del flusso di passeggeri dell'aeroporto, per molti anni, faccia capo ad un'unica compagnia aerea».

8. Con lettera del 18 giugno 2012, la giurisdizione di rinvio ha informato la Corte che un ricorso di annullamento contro l'ordinanza di rinvio è stato introdotto dalla ricorrente nel giudizio principale.

II – Procedura

9. Hanno presentato osservazioni scritte, oltre alle parti nel giudizio principale, i governi tedesco, polacco, belga e dei Paesi Bassi, nonché la Commissione. DL, FFH, RA, i governi tedesco e belga nonché la Commissione sono stati sentiti all'udienza dell'11 aprile 2013.

9 — Direttiva 2006/111/CE della Commissione, dal 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (GU L 318, pag. 17).

III – Analisi

A – Sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale

10. Sebbene indubbiamente scarna, la descrizione del quadro giuridico e fattuale nel quale si inseriscono i quesiti pregiudiziali, contenuta nell'ordinanza di rinvio dell'Oberlandesgericht Koblenz, è a mio avviso sufficiente a consentire alla Corte di fornire una risposta utile a tale giurisdizione e risponde dunque alle esigenze imposte dalla giurisprudenza¹⁰. Il motivo d'irricevibilità del rinvio pregiudiziale fatto valere da DL nelle sue osservazioni deve pertanto essere respinto.

B – Sulla prima questione pregiudiziale

11. Con il suo primo quesito pregiudiziale la giurisdizione di rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se il giudice nazionale dinanzi al quale è invocata la violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE nel quadro di un'azione diretta ad ottenere la sospensione di presunti aiuti illegali e il recupero di quelli già versati debba attenersi alla valutazione delle misure in causa compiuta dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento di indagine formale nonostante tale valutazione rivesta un carattere meramente provvisorio. Tale giurisdizione ritiene che, in caso di risposta affermativa, il potere di controllo dei giudici nazionali risulterebbe eccessivamente ridotto e osserva che le corti supreme tedesche si sono espresse sul punto in senso negativo, fondandosi in particolare sulle sentenze della Corte di giustizia, *Transalpine Ölleitung in Österreich*¹¹ e *SFEI e a.*¹². Essa rileva inoltre che, qualora i giudici nazionali fossero legittimati a valutare autonomamente la natura delle misure in causa anche dopo l'avvio del procedimento di indagine formale e in pendenza dello stesso, il rischio di decisioni configgenti potrebbe essere evitato sia chiedendo un parere alla Commissione sia interrogando la Corte a titolo pregiudiziale.

12. L'orientamento espresso dalle corti supreme tedesche e fatto proprio dalla giurisdizione di rinvio trae il suo stesso fondamento dal ruolo riconosciuto dalla Corte ai giudici nazionali nell'assicurare il rispetto dell'obbligo che incombe agli Stati membri in forza dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE di non dare esecuzione a misure di aiuto progettate prima che la Commissione abbia adottato una decisione finale in merito alle stesse.

13. Com'è noto, l'efficacia diretta di tale disposizione (più precisamente dell'allora vigente articolo 93, paragrafo 3, ultima frase, TCE) è stata riconosciuta fin dalla celebre sentenza *Costa/Enel*¹³. La Corte ha poi ulteriormente precisato che l'obbligo di non esecuzione previsto dalla disposizione in parola - e, conseguentemente, anche la tutela che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali in forza dell'effetto diretto della stessa - riguarda non solo i progetti di aiuti notificati alla Commissione, come risulta espressamente dal Trattato, ma ogni misura di aiuto che lo Stato membro si propone di istituire, pur in assenza di previa notifica, e si estende a tutto il periodo durante il quale il divieto stesso resta in vigore¹⁴.

10 — V., tra le altre, sentenza del 31 gennaio 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, Racc. pag. I-349, punti da 47 a 49).

11 — Sentenza del 5 ottobre 2006 (C-368/04, Racc. pag. I-9957).

12 — Sentenza dell'11 luglio 1996 (C-39/94, Racc. pag. I-3547).

13 — Sentenza del 15 luglio 1964 (6/64, Racc. pag. 1129); v. anche, tra le altre, sentenze dell'11 dicembre 1973, *Lorenz* (120/73, Racc. pag. 1471, punto 8); del 22 marzo 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Racc. pag. 595, punto 14); del 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e a./Francia* (C-354/90, Racc. pag. I-5505, punto 11), e *SFEI e a.*, cit., punto 39.

14 — Sentenza *Lorenz*, cit., punto 8.

14. Al fine di consentire ai giudici nazionali di assicurare un'adeguata tutela dei soggetti lesi dalla violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, la Corte ha riconosciuto ai giudici nazionali il potere di interpretare e applicare la nozione di aiuto, in particolare allo scopo di determinare se un provvedimento statale adottato senza previa notifica dovesse essere assoggettato alla procedura di controllo prevista dal Trattato¹⁵.

15. La tutela offerta ai privati in sede di giudizio nazionale partecipa al buon funzionamento del sistema di controllo degli aiuti di Stato predisposto dal Trattato¹⁶ contribuendo ad assicurarne l'effettività, in particolare a fronte dell'assenza in capo alla Commissione di poteri coercitivi diretti nei confronti dei soggetti beneficiari degli aiuti. La centralità del ruolo assegnato alle giurisdizioni nazionali nell'ambito di tale sistema è affermata senza esitazione dalla stessa Commissione nella Comunicazione - e nel Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato¹⁷ che l'ha preceduta -, da cui emerge in particolare la tendenza a rinforzare tale ruolo e a incentivare il ricorso al *private enforcement*, in particolare da parte di imprese concorrenti dei beneficiari di aiuti¹⁸.

16. In tale contesto, i giudici nazionali e la Commissione svolgono dunque ruoli distinti ma complementari¹⁹. Spetta in particolare ai giudici nazionali garantire ai soggetti legittimati ad invocare in giudizio l'inosservanza dell'obbligo previsto all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE che da tale inosservanza saranno tratte tutte le conseguenze giuridiche previste dal diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti che comportano l'attuazione delle misure di aiuto, sia per quanto attiene al recupero dei contributi finanziari concessi in violazione della clausola di sospensione²⁰. I rimedi disponibili dinanzi alle giurisdizioni nazionali includono pertanto la sospensione del pagamento dell'aiuto illegale²¹, il recupero dello stesso²² e dei relativi interessi²³, il risarcimento dei danni²⁴ e l'adozione di misure provvisorie²⁵.

17. Da quanto fin qui esposto emerge, da un lato, che la tutela che i giudici nazionali sono tenuti ad assicurare ai singoli è funzionale alla realizzazione della *finalità* perseguita attraverso l'imposizione dell'obbligo di non esecuzione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE e, dall'altro, che l'ambito di detta tutela dipende dalla *portata* di tale obbligo. Qui di seguito esaminerò successivamente questi due elementi, finalità e portata dell'obbligo di standstill (v. infra nn. 1 e 2), allo scopo di delimitare i confini della competenza conferita ai giudici nazionali in virtù dell'effetto diretto riconosciuto all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE (v. infra, n. 3).

15 — Sentenze del 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Racc. pag. I-6185, punto 14); Steinike & Weinlig, cit., punto 14; SFEI e a., cit., punto 49, e FNCE, cit., punto 10.

16 — In questo senso, v. sentenza FNCE, cit., punto 8.

17 — COM(2005) 107 def.

18 — V., in particolare, punti 1, 5 e 24 della Comunicazione.

19 — V. sentenze SFEI e a., cit., punto 41; del 21 ottobre 2003, C-261/01 van Calster e Cleeren (C-261/01 e C-262/01, Racc. pag. I-12249, punto 74); Transalpine Ölleitung in Österreich e a., cit., punto 37 e dell'8 dicembre 2011, Residex Capital IV (C-275/10, Racc. pag. I-13043, punto 26).

20 — Sentenze FNCE, cit., punto 12; SFEI e a., cit., punto 40; van Calster e Cleeren, cit., punto 64; del 21 luglio 2005, Xunta de Galicia (C-71/04, Racc. pag. I-7419, punto 49); Transalpine Ölleitung in Österreich e a., cit., punto 47; del 12 febbraio 2008, CELF e Ministre de la Culture et de la Communication («CELF I») (C-199/06, Racc. pag. I-469, punto 45) e Residex Capital IV, cit., punto 29. V. anche punto 30 della Comunicazione.

21 — V., in particolare, sentenza FNCE, punto 12, e sezione 2.2.1 della Comunicazione.

22 — V., in particolare, sentenze Xunta de Galicia, cit., punto 49; SFEI e a.; cit., punti 40 e 68, e FNCE, cit., punto 12, nonché sezione 2.2.2. della Comunicazione.

23 — V., in particolare, sentenza CELF I, cit., punti da 53 a 55, e sezione 2.2.3. della Comunicazione.

24 — V., in particolare, sentenze CELF I, cit., punti da 53 a 55; Transalpine Ölleitung in Österreich, cit., punto 56) nonché dell'11 dicembre 2008, C-334/07 P, Commissione/Freistaat Sachsen (Racc. pag. I-9465, punto 54), e sezione 2.2.4 della Comunicazione.

25 — V., in particolare, sentenze SFEI e a., cit., punto 52; Transalpine Ölleitung in Österreich, punto 46. V. punti 26 e ss. della Comunicazione.

1. Sulla finalità dell'obbligo di non esecuzione previsto all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE

18. L'articolo 108, paragrafo 3, prima frase, TFUE pone a carico degli Stati membri l'obbligo di notificare i progetti diretti ad istituire o a modificare aiuti. Qualora, dopo un primo esame preliminare, la Commissione ritenga che il progetto notificato non sia compatibile con il mercato interno, essa apre il procedimento di indagine formale di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE (articolo 108, paragrafo 3, seconda frase, TFUE e articolo 4, paragrafo 4, del regolamento n. 659/1999). L'ultima frase dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE vieta, come si è visto, allo Stato membro interessato di dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedimento abbia condotto ad una decisione finale della Commissione²⁶.

19. La Corte ha già avuto modo di chiarire che il divieto sancito da tale disposizione «mira a garantire che gli effetti di un aiuto non si producano prima che la Commissione abbia disposto di un termine ragionevole per esaminare a fondo il progetto e per iniziare, eventualmente, il procedimento contemplato dal [paragrafo] 2 dello stesso articolo»²⁷, istituendo in tal modo «un controllo preventivo sui regimi di aiuto di nuova istituzione»²⁸.

20. Oltre a tale funzione, di carattere più specificamente *procedurale*, la Corte ha riconosciuto al divieto in parola anche una funzione *sostanziale* consistente nel «garantire che *non venga mai data esecuzione ad un aiuto incompatibile*»²⁹. Tale funzione, cui, nella sentenza CELF I, la Corte attribuisce espressamente un carattere «cautelare», viene perseguita in un primo momento «provvisoriamente», tramite l'imposizione di un obbligo di *standstill* in pendenza della procedura di controllo, e, successivamente, in modo definitivo, nel caso in cui, al termine di tale procedura, sia adottata una decisione negativa³⁰. L'obiettivo di «prevenzione» sotteso all'obbligo di non esecuzione viene dunque inizialmente perseguito differendo l'attuazione dell'aiuto progettato fintantoché permangano dubbi circa la sua compatibilità con il mercato interno³¹. In tale contesto, spetta ai giudici nazionali il compito di salvaguardare, fino alla decisione finale della Commissione, i diritti dei singoli di fronte a «un'eventuale inosservanza», da parte delle autorità statali, del divieto sancito dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE³², disponendo il recupero integrale degli aiuti versati in violazione di tale divieto. Come ulteriormente precisato dalla Corte nella sentenza CELF II, «compito dei giudici nazionali è (...) pronunciare le misure idonee a porre rimedio all'illegittimità dell'esecuzione degli aiuti, affinché il beneficiario non conservi la libera disponibilità di questi ultimi per il tempo rimanente fino alla decisione della Commissione»³³.

21. In proposito è interessante notare che l'obbligo per il giudice nazionale di ordinare il recupero di un aiuto illegale, al quale cioè sia stata data esecuzione in violazione dell'obbligo di *standstill*, cessa dopo che la Commissione, dissipando i dubbi precedentemente formulati, ne abbia accertato la compatibilità con il mercato interno. Come chiarito dalla Corte nella citata sentenza CELF I, infatti, l'attuazione di un aiuto compatibile non contrasta con la finalità perseguita dall'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, consistente nel prevenire la messa in esecuzione dei soli aiuti incompatibili³⁴. Viceversa, una tale attuazione contravviene alla funzione più specificamente procedurale del divieto sancito da detta disposizione, consistente, come si è visto, nel garantire che gli effetti di un aiuto, anche compatibile, non si producano prima che la Commissione si sia pronunciata

26 — V. anche l'articolo 3 del regolamento n. 659/1999, intitolato «Clausola di sospensione».

27 — V. sentenze del 14 febbraio 1990, Francia/Commissione (C-301/87, Racc. pag. I-307, punto 17), e CELF I, cit., punto 36.

28 — V. sentenze CELF I, cit., punto 37, e Lorenz, cit., punto 2.

29 — V. sentenza CELF I, cit., punto 47. Il corsivo è mio.

30 — Ibid.

31 — V. sentenza CELF I, cit., punto 48.

32 — V. sentenza CELF I, cit., punto 38.

33 — V. sentenza dell'11 marzo 2010, CELF e Ministre de la Culture et de la Communication («CELF II») (C-1/09 Racc. pag. I-2099, punto 30).

34 — V. sentenza CELF I, punti da 47 a 49.

definitivamente sullo stesso. In tali circostanze, il giudice nazionale è dunque tenuto a ordinare il recupero degli interessi per il «periodo d'illegalità», vale a dire dal giorno in cui l'aiuto è stato messo a disposizione del beneficiario in violazione dell'obbligo di non esecuzione fino all'adozione della decisione finale da parte della Commissione.

2. Sulla portata dell'obbligo di non esecuzione sancito dall'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE

22. In base a quanto precisato dalla Corte, il sistema di controllo previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE istituisce un obbligo di notifica preventiva «che, in quanto tale, comporta ed implica l'effetto sospensivo sancito dall'ultima frase della medesima disposizione»³⁵.

23. Sebbene sia pacifico che tale obbligo riguarda solo progetti volti ad istituire o a modificare aiuti, il carattere preventivo del sistema di controllo istituito dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, l'indissociabilità tra obblighi di notifica e obblighi di sospensione³⁶, nonché la valenza procedurale di questi ultimi di cui si è detto sopra, conducono a considerare che il divieto di esecuzione previsto dall'ultima frase di tale disposizione discende automaticamente per effetto dell'avvenuta notifica. Ne consegue che tale obbligo vincola gli Stati membri per tutta la durata del procedimento di controllo³⁷, indipendentemente dalla natura delle misure notificate, e quindi anche qualora queste *non costituiscano obiettivamente aiuti*, eventualità peraltro espressamente prevista dallo stesso regolamento n. 659/1999³⁸.

24. Tale interpretazione riflette, a mio avviso, la natura e la finalità della procedura di controllo degli aiuti prevista dal Trattato. Consentire a uno Stato membro di fondarsi, all'atto della messa in esecuzione di una misura, su una valutazione della stessa diversa da quella che lo ha condotto a notificarla alla Commissione introdurrebbe un elemento di incoerenza e indebolirebbe l'effetto utile dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE quale meccanismo di «salvaguardia dell'intero sistema di controllo istituito da [tale] articolo»³⁹. Ciò tanto più in quanto la sempre maggiore complessità degli interventi pubblici nei mercati rende spesso obiettivamente difficile determinare se essi comportino elementi di aiuto, aumentando così il rischio concreto, ove la clausola sospensiva non fosse attuata per effetto della sola notifica, che sia data esecuzione a misure effettivamente incompatibili con il mercato interno.

25. In assenza di notifica, l'operatività dell'obbligo di *standstill* è invece collegata all'*obiettiva esistenza di un aiuto di Stato*: lo Stato membro che, senza effettuare una notifica preventiva alla Commissione, attui una misura di aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE viola gli obblighi che ad esso incombono in forza dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE. Nel presente giudizio la Corte è in sostanza chiamata a precisare se uno Stato membro sia inoltre tenuto, *indipendentemente dall'effettiva natura della misura in causa*, a sospendere l'esecuzione della stessa fino all'adozione di una decisione finale della Commissione qualora quest'ultima, dopo un esame preliminare iniziato a seguito di denuncia o d'ufficio, decida di avviare il procedimento di indagine formale previsto dall'articolo 108, paragrafo 2, TFUE.

26. Alla stregua della Commissione e della ricorrente nella causa principale, ritengo che tale questione vada risolta affermativamente.

35 — V. sentenza del 22 giugno 2000, Francia/Commissione (C-332/98, Racc. pag. I-4833, punto 31).

36 — V. sentenza Francia/Commissione, C-332/98, cit., punto 32.

37 — V. sentenze del 30 giugno 1992, Italia/Commissione (C-47/91, Racc. pag. I-4145, punto 24); SFEI e a, cit., punto 38; Lorenz, cit., punto 8, e FCNE, cit., punto 11.

38 — Ai termini degli articoli 4, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, del regolamento n. 659/1999, se, dopo un esame preliminare ovvero al termine del procedimento di indagine formale, la Commissione constata che «la misura notificata non costituisce aiuto, lo dichiara mediante una decisione».

39 — V. sentenza Francia/Commissione, C-332/98, cit., punto 32.

27. L'obbligo di sospendere l'esecuzione di una misura nei confronti della quale è stato avviato un procedimento di indagine formale trova il suo fondamento nell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE come interpretato dalla Corte⁴⁰ e, come accade in caso di notifica, sussiste *indipendentemente dall'oggettiva natura di aiuto della misura in questione*.

28. Tale conclusione emerge dall'analisi della giurisprudenza della Corte e del Tribunale. Nella sentenza del 9 ottobre 2001, Italia/Commissione⁴¹, pronunciandosi sull'eccezione sollevata dalla Commissione contro il ricorso proposto dall'Italia avverso la decisione di avvio del procedimento di indagine formale nei confronti di alcune misure in favore del Gruppo Tirrenia di Navigazione, qualificate in tale decisione come «nuovo aiuto», la Corte, richiamando le sentenze Spagna/Commissione (Cenemesa)⁴² e Italia/Commissione (Italgrani)⁴³, ha affermato che, «per quanto riguarda un aiuto in corso di esecuzione che continua ad essere erogato e che lo Stato membro considera come un aiuto esistente, la qualificazione contraria di aiuto nuovo adottata, *anche solo provvisoriamente*, dalla Commissione nella sua decisione di avviare il procedimento di cui all'art[icolo 108, paragrafo 2, TFUE] nei confronti di tale aiuto *comporta effetti giuridici autonomi*»⁴⁴. Secondo la Corte, sebbene «la qualificazione dell'aiuto corrispond[er] ad una situazione oggettiva che non dipende dalla valutazione operata nella fase di avvio del procedimento», tale decisione implica che, dal punto di vista della Commissione, «l'aiuto è ed è stato attuato in modo illegittimo, tenendo in non cale l'effetto sospensivo che deriva, nei confronti degli aiuti nuovi, dall'art[icolo 108, paragrafo 2, ultima frase, TFUE]»⁴⁵ e «modifica necessariamente la situazione giuridica della misura considerata (...), in particolare per quanto riguarda il prosieguo della sua attuazione»⁴⁶. In effetti, «dopo la sua adozione esiste quantomeno un notevole dubbio sulla legittimità di tale misura che, fatta salva la possibilità di sollecitare provvedimenti provvisori presso il giudice dell'urgenza, *deve indurre lo Stato membro a sospenderne l'erogazione*, dato che l'avvio del procedimento di cui all'art[icolo 108, paragrafo 2, TFUE] esclude una decisione immediata nel senso della compatibilità con il mercato comune che consenta di proseguire regolarmente l'esecuzione della detta misura»⁴⁷. In tal senso, la decisione di avviare il suddetto procedimento «produce conseguenze dirette sulla sospensione delle misure»⁴⁸ in causa.

29. Emerge, a mio avviso, in modo sufficientemente chiaro dai passaggi sopra riportati che gli «effetti giuridici autonomi» della decisione di avvio del procedimento d'indagine formale menzionati dalla Corte, tra cui, in particolare, l'obbligo dello Stato membro di sospendere l'esecuzione della misura, discendono dalla qualificazione di quest'ultima come «nuovo aiuto»⁴⁹. Non vi è dubbio, e la Corte lo afferma chiaramente nella sentenza in parola, che tale qualificazione ha carattere meramente *provvisorio*, ben potendo la Commissione concludere, sulla base delle informazioni raccolte nel corso del procedimento d'indagine formale, che la misura in causa non costituisce un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE ovvero che costituisce un aiuto esistente. Ciononostante, qualificando una misura non notificata e in corso di esecuzione come «nuovo aiuto» e disponendo nei suoi confronti l'avvio del procedimento di indagine formale, la Commissione emette quantomeno seri dubbi sulla legalità di tale misura e sulla sua compatibilità con il mercato interno. Come affermato dalla Corte, tali dubbi sono sufficienti a far scattare il meccanismo di salvaguardia previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE e ad imporre allo Stato membro di sospendere l'esecuzione della misura⁵⁰.

40 — V. paragrafo 12.

41 — Causa C-400/99 (Racc. pag. I-7303).

42 — Sentenza del 30 giugno 1992 (C-312/90, Racc. pag. I-4117).

43 — Sentenza del 30 giugno 1992 (C-47/91, Racc. pag. I-4145).

44 — Punto 57; il corsivo è mio.

45 — Punto 58.

46 — Punto 59.

47 — Punto 59, il corsivo è mio.

48 — Punto 65.

49 — V. anche la sentenza del 10 maggio 2005, Italia/Commissione (C-400/99, Racc. pag. I-3657, punto 24).

50 — V. punti 59 e 64.

30. Contrariamente all'interpretazione suggerita da FFH, ritengo che la portata della sentenza del 9 ottobre 2001 nella causa Tirrenia vada oltre l'ipotesi in cui la qualificazione della misura come aiuto risulti pacifica e la divergenza di opinioni tra lo Stato membro interessato e la Commissione riguardi unicamente la sua natura di aiuto esistente o di nuovo aiuto. In effetti, la causa che ha dato origine a tale sentenza riguardava anche interventi pubblici che, secondo lo Stato membro ricorrente, erano stati a torto - e comunque a seguito di un esame insufficiente - qualificati come aiuti nella decisione impugnata⁵¹. Al punto 69 della sentenza, la Corte ha espressamente dichiarato ricevibile il ricorso anche relativamente a tali misure «per ragioni analoghe a quelle menzionate ai punti 59 e 60». Nella sentenza relativa al merito, resa il 10 maggio 2005, la Corte, da un lato, conferma tale lettura della sentenza del 9 ottobre 2001⁵² e, dall'altro, lascia chiaramente intendere che le conseguenze giuridiche di una decisione di avviare il procedimento di indagine formale sono sostanzialmente identiche sia nel caso in cui le misure qualificate provvisoriamente come nuovi aiuti siano ritenute dallo Stato membro interessato come aiuti esistenti sia nel caso in cui quest'ultimo ritenga che esse non costituiscano affatto aiuti⁵³. La decisione impugnata nella causa che ha dato origine alle sentenze in parola è stata peraltro annullata dalla Corte proprio per aver comportato la sospensione, senza previa discussione con lo Stato membro interessato, di misure che quest'ultimo non considerava come aiuti⁵⁴ e che la stessa Commissione, nella decisione di chiusura parziale del procedimento di indagine formale, aveva implicitamente ritenuto prive del requisito di selettività.

31. Giova inoltre rilevare che il Tribunale ha già avuto modo di applicare i principi affermati nella sopramenzionata sentenza del 9 ottobre 2001 a una situazione in cui le misure nei confronti delle quali era stato avviato il procedimento di indagine formale non costituivano aiuti secondo lo Stato membro interessato⁵⁵. Come correttamente affermato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, non vi è infatti alcuna ragione per distinguere le due ipotesi.

32. Da tutto quanto precede consegue che la decisione di avvio del procedimento d'indagine formale può comportare per lo Stato membro interessato l'obbligo di sospendere misure che non sarebbero assoggettate al procedimento di controllo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE o in quanto non costituiscono aiuti o in quanto costituiscono aiuti esistenti. Mentre nel caso di misure che rientrano nelle nozioni di aiuto e di nuovo aiuto l'obbligo di sospensione che discende dall'avvio del procedimento di indagine formale si sovrappone al divieto di cui all'ultima frase dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, nel caso di misure che non sono ricomprese in tali nozioni, detto obbligo sorge invece *ex novo*, come conseguenza della qualificazione provvisoria contenuta nella decisione di avvio.

33. Contrariamente a quanto sembra ritenere il governo tedesco nelle sue osservazioni scritte, il potere della Commissione di ingiungere allo Stato membro interessato, in forza dell'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 659/1999, di sospendere l'erogazione di aiuti concessi illegalmente non impedisce di affermare l'esistenza di un obbligo di sospensione avente ad oggetto le misure sottoposte a procedimento di indagine formale quale effetto autonomo della decisione di avvio di tale procedimento. In proposito ricordo che l'articolo 11 del regolamento n. 659/1999 costituisce una

51 — V. la descrizione delle misure in causa ai punti da 23 a 26 della sentenza, nonché il punto 28.

52 — Al punto 9 di tale sentenza, riprendendo il contenuto della sentenza del 9 ottobre 2001, la Corte afferma che il ricorso era stato dichiarato ricevibile «perché la Commissione aveva qualificato le misure di cui è causa nuovi aiuti illegalmente attuati, mentre il governo italiano sosteneva, per alcune di esse, che si trattava di aiuti esistenti (...) e, per altre, che non contenevano elementi costitutivi di un aiuto, ragion per cui quelle misure non avrebbero dovuto essere sospese, contrariamente a quanto risulta dalla decisione impugnata».

53 — V. punto 29.

54 — V. punti 31, 34 e punto 1 del dispositivo. Preciso che, nella sentenza del 9 ottobre 2001, la Corte ha espressamente escluso che la sospensione di tali misure derivasse da una pretesa ingiunzione di sospensione contenuta nella decisione impugnata.

55 — V. sentenze del 23 ottobre 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa e a./Commission (T-269/99, T-271/99 e T-272/99, Racc. pag. II-4217, punti da 36 a 42); del 30 aprile 2002, Government of Gibraltar/Commissione (T-195/01 e T-207/01, Racc. pag. II-2309, punti da 80 a 86), e del 25 marzo 2009, Alcoa Trasformazioni/Commissione (T-332/06, punti da 33 a 42).

codificazione dei principi stabiliti nella sentenza *Boussac*⁵⁶, in cui la Corte ha riconosciuto il suddetto potere d'ingiunzione alla Commissione allo scopo di controbilanciare l'obbligo impostole di procedere all'esame della compatibilità degli aiuti non notificati senza potersi limitare a dichiararne l'illegalità⁵⁷. Contrariamente all'inosservanza del divieto di esecuzione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, che può essere fatta valere unicamente dinanzi ai giudici nazionali, la non esecuzione di una decisione di sospensione di cui all'articolo 11 del regolamento n. 659/1999 legittima la Commissione ad adire direttamente la Corte in base alla procedura prevista all'articolo 108, paragrafo 2, seconda comma, TFUE. Si tratta pertanto di due rimedi e di due procedure sostanzialmente differenti.

34. FFH e RA hanno inoltre sottolineato che riconoscere effetto sospensivo a una decisione di avvio del procedimento di indagine formale lederebbe i diritti della difesa dei soggetti interessati, tra i quali in particolare il beneficiario della misura in causa, il quale subirebbe le conseguenze di una sua sospensione senza aver avuto la possibilità di far valere il suo punto di vista prima dell'adozione della decisione. In proposito, se è vero che, secondo una costante giurisprudenza, l'obbligo, per la Commissione, di intimare agli interessati, tra cui i beneficiari dell'aiuto e gli enti erogatori dello stesso, di presentare le proprie osservazioni è previsto solo nell'ambito della fase di esame di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE⁵⁸, tuttavia tali soggetti dispongono di un diritto di ricorso contro la decisione con cui, al termine della fase preliminare di esame, la Commissione avvia il procedimento di indagine formale, diritto che è stato riconosciuto proprio in considerazione degli effetti giuridici che tale decisione produce. La circostanza che, nel quadro dei ricorsi contro tali decisioni, stante il carattere preliminare della valutazione compiuta dalla Commissione, il sindacato del giudice dell'Unione risulti limitato⁵⁹, non potendosi quest'ultimo pronunciare definitivamente sull'esistenza di un aiuto, non viola, contrariamente a quanto afferma FHH, il diritto ad un'adeguata tutela giurisdizionale. Trattandosi di atti infraprocedimentali, infatti, tale sindacato non può che essere limitato alla verifica dell'esistenza delle condizioni che legittimano il passaggio alla fase successiva del procedimento dal cui avvio discendono gli effetti giuridici che rendono tali atti impugnabili.

56 — Sentenza del 14 febbraio 1990, Francia/Commissione, cit. Com'è noto, in tale pronuncia, dopo aver rilevato che l'efficacia del sistema di controllo istituito dal Trattato postula l'adozione di provvedimenti volti ad ostacolare l'inosservanza delle norme di cui all'allora vigente articolo 93, paragrafo 3, TCE, la Corte ha affermato che, ove rilevi che un aiuto è stato istituito o modificato senza esserle stato notificato ovvero che, pur essendo stato notificato, è stato attuato senza attendere il termine del procedimento di indagine formale, la Commissione ha il potere di ingiungere allo Stato membro interessato per mezzo di una decisione provvisoria, nelle more dell'esame dell'aiuto, di sospenderne immediatamente il versamento e, nel caso in cui lo Stato membro non si conformi a tale decisione, di adire direttamente la Corte, pur proseguendo parallelamente l'esame quanto al merito, punti da 18 a 23.

57 — Punti da 9 a 23.

58 — V. sentenze del 19 maggio 1993, *Cook/Commissione* (C-198/91, Racc. pag. I-2487, punto 22); del 15 giugno 1993, *Matra/Commissione* (C-225/91, Racc. pag. I-3203, punto 16); del 2 aprile 1998, *Commissione/Sytraval e Brink's France* (C-367/95 P, Racc. pag. I-1719, punto 38); del 13 dicembre 2005, *Commissione/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum* (C-78/03 P, Racc. pag. I-10737, punto 34), nonché dell'11 settembre 2008, *Germania e a./Kronofrance* (C-75/05 P et C-80/05 P, Racc. pag. I-6619, punto 37).

59 — V. sentenza del 21 luglio 2011, *Alcoa Trasformazioni/Commissione* (C-194/09 P, Racc. pag. I-6311, punto 61), e sentenza del Tribunale del 23 ottobre 2002, *Diputación Foral de Guipúzcoa e a./Commissione* (T-269/99, T-271/99 e T-272/99, Racc. pag. II-4217, punto 49), in cui il controllo della Corte è espressamente circoscritto all'errore manifesto di valutazione. A titolo incidentale, rilevo che una tale limitazione del sindacato della Corte non appare del tutto coerente con la giurisprudenza della Corte secondo cui «il giudice dell'Unione deve esercitare, in linea di principio e tenuto conto sia degli elementi concreti della causa sottopostagli sia del carattere tecnico o complesso delle valutazioni effettuate dalla Commissione, un controllo completo per quanto riguarda la questione se una misura rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, n. 1, TFUE» (v. in tal senso, tra le altre, sentenza del 22 dicembre 2008, *British Aggregates/Commissione* (C-487/06 P, Racc. pag. I-10515, punto 111)). Sarebbe stato, a mio avviso, maggiormente in linea con tale giurisprudenza riconoscere che, anche nel caso di una decisione di avvio del procedimento di indagine formale, il giudice dell'Unione esercita un sindacato tendenzialmente completo sebbene limitato alla questione di sapere se, in base alle informazioni a sua disposizione, la Commissione potesse legittimamente concludere a titolo provvisorio nel senso dell'esistenza di un aiuto o quanto meno del permanere di seri dubbi al riguardo.

3. L'ambito della tutela che i giudici nazionali sono tenuti ad accordare ai singoli lesi da un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE

35. Come si è visto ai paragrafi 22 e 24 supra, l'obbligo di non esecuzione previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE si impone per effetto della sola notifica, nei casi in cui quest'ultima abbia avuto luogo. I giudici nazionali sono pertanto tenuti a trarre tutte le conseguenze di un'eventuale inosservanza di tale obbligo *indipendentemente* da una loro autonoma valutazione in base all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE delle misure oggetto di notifica.

36. Qualora, invece, la misura non abbia fatto oggetto di notifica, spetta ai giudici nazionali dinanzi ai quali è invocato l'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE verificare se tale misura costituisca un aiuto di Stato soggetto in quanto tale all'obbligo di *standstill* e, in caso di risposta affermativa, disporre la sospensione di ogni ulteriore versamento e il recupero di quanto già versato. Come ricordato al paragrafo 14 delle presenti conclusioni, essi sono legittimati a tal fine a interpretare e ad applicare la nozione di aiuto. Qualora provino dubbi sulla qualificazione della misura in causa, possono sia chiedere chiarimenti alla Commissione nel quadro della cooperazione istituita dalla Comunicazione⁶⁰, sia adire la Corte in via pregiudiziale⁶¹.

37. Come incide su tale assetto la decisione della Commissione di avviare il procedimento di indagine formale ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, TFUE?

38. La Corte ha già avuto modo di chiarire, nella citata sentenza SFEI e a., che l'avvio da parte della Commissione di un procedimento di esame preliminare *o del procedimento di indagine formale* non esonera i giudici nazionali dall'obbligo di salvaguardare i diritti dei singoli in caso di violazione dell'obbligo di notifica preventiva⁶².

39. Secondo la giurisdizione di rinvio e il governo tedesco, da tale sentenza si evince il potere/dovere dei giudici nazionali di interpretare e applicare la nozione di aiuto *anche dopo l'avvio del procedimento di indagine formale* senza essere vincolati dalle valutazioni svolte dalla Commissione nella decisione di avvio. Se è vero che, nella sentenza SFEI, la Corte afferma chiaramente la competenza dei giudici nazionali a pronunciarsi sull'esistenza di presunti aiuti illegali nonostante le misure in causa siano parallelamente oggetto di esame da parte della Commissione, tale affermazione è tuttavia espressamente circoscritta al caso in cui detta istituzione *non abbia ancora preso posizione sulla qualificazione delle misure come aiuti di Stato*⁶³ e non riguarda la situazione in cui, come nel caso di specie, una tale presa di posizione, quantunque nel quadro di una decisione di avvio del procedimento di indagine formale, sia invece intervenuta. Ferma restando dunque la competenza dei giudici nazionali ad adottare le misure necessarie a salvaguardare i diritti dei privati lesi dalla violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE anche dopo che il procedimento di cui al paragrafo 2 di tale articolo è stato avviato, la sentenza SFEI non consente di trarre conclusioni quanto all'incidenza della decisione di avvio sull'esercizio di tale competenza.

40. Al fine di valutare una tale incidenza, occorre invece ricordare che l'articolo 4, paragrafo 3, secondo e terzo comma, TUE impone agli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione nonché di astenersi dall'adottare qualsiasi misura che rischi di mettere in

60 — Sentenza SFEI e a., cit., punto 50; sezione 3 della Comunicazione.

61 — Sentenza SFEI e a., cit., punto 51.

62 — Sentenza SFEI e a., punto 44; v. in tal senso, precedentemente, anche sentenza Lorenz, punto 8, e FNCE, punti 10 e 11. Secondo la Corte, una diversa interpretazione priverebbe di effetto utile il divieto di cui all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, favorendone l'inosservanza da parte degli Stati membri (v. sentenza SFEI e a., punto 55).

63 — Punto 53 e dispositivo. Come correttamente sottolineato in udienza dalla Commissione, a differenza che nel presente giudizio, nella causa che ha dato origine a tale sentenza la Commissione aveva intrapreso solo un esame preliminare delle misure in questione e, al momento in cui è stata introdotta la domanda di pronuncia pregiudiziale, non aveva ancora avviato il procedimento di indagine formale di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE: v. punto 11 della sentenza e punto 7 delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs.

pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione e che tale obbligo si estende a tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali⁶⁴. Ne consegue che una decisione d'avvio del procedimento d'indagine formale vincola i giudici dello Stato membro che ne è destinatario e che tali giudici, dovendo statuire su misure destinate a costituire oggetto di una futura decisione della Commissione, devono evitare di adottare provvedimenti definitivi suscettibili di risultare con questa incompatibili⁶⁵. Giova inoltre ricordare che, come precisato dalla Corte, nel garantire l'osservanza del divieto di esecuzione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, incombe alle giurisdizioni degli Stati membri tenere pienamente in conto l'interesse dell'Unione⁶⁶.

41. Ciò premesso e alla luce delle considerazioni svolte ai paragrafi da 25 a 34 supra, è possibile trarre le seguenti conclusioni.

42. In virtù dell'effetto combinato dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE e della qualificazione come (nuovo) aiuto della misura in causa, l'avvio del procedimento di indagine formale comporta l'obbligo per lo Stato membro interessato di sospendere l'esecuzione della stessa a partire dalla data di adozione della decisione di avvio fino all'intervento di una decisione finale, e ciò indipendentemente dall'oggettiva natura della misura in causa (v., in particolare, paragrafo 32 supra). I giudici nazionali saranno pertanto tenuti ad adottare tutte le misure necessarie ad assicurare il rispetto del suddetto obbligo e a eliminare le conseguenze di una sua eventuale violazione *indipendentemente da una previa valutazione della misura ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE*. Qualora nutrano dubbi sulla sussistenza delle condizioni, attinenti alla qualificazione della misura come aiuto, che legittimano l'avvio del procedimento di indagine formale, tali giudici potranno sollevare una questione pregiudiziale di validità ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), TFUE⁶⁷.

43. Nel periodo che precede l'avvio del procedimento di indagine formale, l'operatività della clausola di sospensione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE è invece collegata all'*obiettiva esistenza di un aiuto di Stato* (v. paragrafo 25 supra). Un eventuale ordine di recupero di quanto versato tra la messa in esecuzione della misura in causa e l'avvio del procedimento è pertanto subordinato all'accertamento che tale misura costituisca effettivamente un aiuto.

44. Anche nel procedere a tale accertamento, il giudice nazionale deve tener conto della decisione della Commissione di avviare il procedimento ex articolo 108, paragrafo 2, TFUE, che, seppur adottata a seguito di un esame preliminare, contiene nondimeno una *presa di posizione di tale istituzione sull'esistenza prima facie di un aiuto*. Una tale presa di posizione deve essere ritenuta quanto meno sufficiente a integrare la condizione del *fumus boni iuris* ai fini dell'adozione di una misura provvisoria. Pertanto, anche qualora ritenga, contrariamente a quanto in via preliminare accertato dalla Commissione, che la misura in causa non costituisce un aiuto, tale giudice non potrà respingere la domanda volta a ottenere il recupero di quanto versato nel periodo intercorrente tra la messa in esecuzione della misura e l'avvio del procedimento d'indagine formale senza prima adire la Corte con una questione pregiudiziale di validità avente ad oggetto la decisione di avvio, ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), TFUE. Egli potrà invece, ove ciò sia consentito dal diritto

64 — V., in tal senso, sentenza del 14 dicembre 2000, Masterfoods e HB (C-344/98, Racc. pag. I-11369), punto 49.

65 — V. in tal senso, per quanto riguarda l'applicazione degli articoli 85 TCE e 86 TCE, il punto 47 della sentenza del 28 febbraio 1991, Delimitis (C-234/89, Racc. pag. I-935).

66 — V. sentenza Transalpine Ölleitung, cit., punto 48.

67 — Indipendentemente da ogni considerazione attinente ai limiti del giudice nazionale di sollevare d'ufficio una questione pregiudiziale di validità nel caso in cui la decisione non sia stata impugnata in tempo utile dai soggetti contro i quali essa viene invocata (v., in tal senso, sentenza del 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e a. (C-222/04, Racc. pag. I-289, punti da 72 a 74), non ritengo che una tale questione sia ravvisabile nella domanda di decisione pregiudiziale oggetto del presente giudizio né che debba essere esaminata d'ufficio dalla Corte (v., in tal senso, sentenza del 18 luglio 2007, Lucchini, C-119/05, Racc. pag. I-6199, punto 56).

nazionale, decidere di non procedere a un recupero definitivo fino a quando non sia intervenuta una decisione finale della Commissione ed emettere, nel frattempo, un ordine di recupero provvisorio, disponendo che le somme siano versate su un conto bloccato fino a quando non sia deciso il merito della controversia⁶⁸.

45. In ogni caso può essere opportuno che, ove nutra dubbi sulla qualificazione della misura, il giudice nazionale consulti la Commissione ai sensi della sezione 3 della Comunicazione allo scopo sia di informarsi sullo stato di avanzamento del procedimento pendente sia di chiedere delucidazioni anche alla luce di eventuali elementi a sua disposizione che non erano conosciuti dalla Commissione al momento dell'adozione della decisione di avvio del procedimento. Dal canto suo, la Commissione non può sottrarsi a una tale richiesta di parere limitandosi a rinviare al contenuto di tale decisione.

a) Conclusione sulla prima questione pregiudiziale

46. In base alle considerazioni fin qui esposte suggerisco alla Corte di rispondere alla prima questione pregiudiziale come segue:

«Un giudice nazionale, adito con una domanda volta ad ottenere la cessazione dei versamenti da effettuare e il recupero di quelli già effettuati in esecuzione di una misura imputabile allo Stato, non notificata ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, prima frase, TFUE e nei confronti della quale la Commissione ha adottato una decisione di avvio del procedimento di indagine formale di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE, è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie ad assicurare il rispetto, da parte delle autorità nazionali, dell'obbligo di sospensione che deriva dall'effetto congiunto dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, e della qualificazione provvisoria come aiuto contenuta nella suddetta decisione, nonché a eliminare le conseguenze di un'eventuale violazione di tale obbligo. Tali misure includono la sospensione dell'esecuzione della misura in causa e il recupero di quanto eventualmente già versato.

Qualora non condivida la qualificazione della misura in causa operata dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento di indagine formale, detto giudice, oltre a adire, se del caso, la Corte con una questione pregiudiziale di validità ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), TFUE, potrà, ove ciò sia consentito dal diritto nazionale, decidere di non procedere a un recupero definitivo delle somme in questione fino a quando non sia intervenuta una decisione finale della Commissione ed emettere, nel frattempo, un ordine di recupero provvisorio, disponendo che tali somme siano versate su un conto bloccato fino a quando non sia deciso il merito della controversia».

C – Sulla seconda e sulla terza questione pregiudiziale

47. Risulta dall'ordinanza di rinvio che l'Oberlandesgericht Koblenz non condivide l'interpretazione del requisito della selettività accolta dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento di indagine formale né la conclusione cui tale istituzione è giunta circa il carattere selettivo delle misure in causa. In tali circostanze, incombe alla giurisdizione di rinvio sollevare una questione di validità di tale decisione ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), TFUE. Risulta tuttavia che, con il suo secondo e terzo quesito pregiudiziale, essa non ha inteso sollevare una tale questione, ma piuttosto una questione d'interpretazione ai sensi della lettera a) di tale disposizione, peraltro subordinata ad una risposta negativa della Corte al primo quesito pregiudiziale. In base alle considerazioni svolte in merito a tale quesito suggerisco, pertanto, alla Corte di non rispondere al secondo e al terzo quesito pregiudiziale.

68 — V. il punto 62 della Comunicazione. Una domanda in tal senso è stata avanzata da DL in vista del rinvio pregiudiziale ed è stata respinta dall'Oberlandesgericht Koblenz con ordinanza del 12 luglio 2012.

48. Le brevi considerazioni che seguono sono quindi destinate a fornire uno spunto di riflessione per l'ipotesi in cui la Corte non condivida quanto sopra sostenuto e decida di dare una risposta negativa al primo quesito pregiudiziale.

49. Con il secondo quesito pregiudiziale, la giurisdizione di rinvio chiede in sostanza alla Corte se i tariffari applicati da FFH nel 2001 e nel 2006 debbano considerarsi come misure selettive per il solo fatto che si applicano unicamente alle compagnie aeree che utilizzano l'aeroporto di F-H. Con il terzo quesito, tale giurisdizione chiede se, in caso di risposta negativa al secondo quesito, la selettività possa dedursi da particolari elementi che caratterizzano la fattispecie. Contrariamente a quanto avanzato da FFH nelle sue osservazioni, tali quesiti sono ricevibili⁶⁹.

50. Il secondo quesito pregiudiziale, che va esaminato congiuntamente alla prima branca del terzo quesito, deve, a mio avviso, ricevere una risposta affermativa. La tesi avanzata dalla giurisdizione di rinvio, da FFH e da RA conduce in sostanza a negare in radice la possibilità di qualificare come aiuti di Stato le condizioni alle quali un'impresa pubblica offre i propri servizi qualora tali condizioni risultino applicabili indistintamente a tutti i contraenti della stessa. Orbene, tale tesi avrebbe la conseguenza di escludere a priori dal sistema di controllo degli aiuti di Stato voluto dal Trattato eventuali vantaggi anticoncorrenziali finanziati mediante risorse pubbliche e concessi per il tramite di un'impresa pubblica a specifici operatori economici contraddistinti dalla circostanza di intrattenere relazioni commerciali con quest'ultima⁷⁰. Come, a mio avviso, correttamente osservato dalla Commissione, una tale esclusione non appare in linea né con la giurisprudenza della Corte secondo cui possono avere carattere selettivo anche interventi pubblici che riguardano indistintamente tutti gli operatori di un determinato settore economico⁷¹ né con diversi precedenti in cui sono stati considerati selettivi vantaggi derivanti dalla fornitura di beni o servizi da parte di imprese pubbliche (o private) a tariffe o condizioni identiche per tutti gli operatori esercenti una specifica attività⁷².

51. Nella specie, i supposti vantaggi derivanti dall'applicazione dei tariffari di cui trattasi beneficiano unicamente le compagnie aeree che entrano in rapporti commerciali con FFH e, dunque, una cerchia di soggetti circoscritta all'interno del settore economico interessato. La circostanza, sottolineata da FFH, che ogni compagnia aerea che lo desidera potrebbe utilizzare l'aeroporto di F-H - la cui capacità si adatterebbe facilmente a un eventuale aumento della domanda -, usufruendo in tal modo delle tariffe da essa praticate, non mi sembra avere particolare rilievo. Il fatto che la possibilità di beneficiare dei vantaggi derivanti da un determinato regime dipenda da una decisione del singolo operatore - in questo caso la compagnia aerea che decide di servirsi dell'aeroporto di F-H - non consente infatti di escludere la selettività di tali vantaggi⁷³. Nella specie, peraltro, le condizioni tariffarie applicate da FFH sono, conformemente ad una precisa strategia commerciale decisa da quest'ultima, adattate a un

69 — In base a una giurisprudenza costante (v., tra le altre, sentenza del 22 dicembre 2008, C-333/07, *Régie Networks*, Racc. pag. I-10807, punto 46), il rifiuto da parte della Corte di pronunciarsi su una domanda di decisione pregiudiziale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcun rapporto con l'effettività o l'oggetto della causa principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte. Nessuna di tali ipotesi ricorre nel caso di specie.

70 — L'eventuale soluzione contraria, vale a dire che le condizioni alle quali un'impresa pubblica offre i propri beni o servizi costituiscono sempre misure selettive, non mi sembra invece porre particolari problemi. Evidentemente, essa non implica automaticamente che dette condizioni debbano essere considerate aiuti, tale conclusione essendo ammissibile solo nel caso in cui esse comportino vantaggi finanziati mediante risorse pubbliche che provochino una distorsione della concorrenza.

71 — Nella misura in cui non si applicano a tutti gli operatori economici dello Stato membro interessato tali interventi non costituiscono misure generali (v. sentenze del 17 giugno 1999, *Belgio/Commissione*, C-75/97, Racc. pag. I-3671, punto 33 e del 15 dicembre 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, Racc. pag. I-11137, punti da 45 a 49).

72 — V., ad esempio, le sentenze del 20 novembre 2003, *GEMO* (C-126/01, Racc. pag. I-13769), in cui gli effetti del provvedimento in causa, in base al quale tutti i proprietari e detentori di carcasse di animali di un determinato peso potevano avvalersi gratuitamente dei servizi di imprese private di smaltimento aggiudicatari di appalti pubblici, operavano essenzialmente a favore di determinati soggetti, vale a dire gli allevatori e i macelli (v. punti da 37 a 39), e del 2 febbraio 1988, *Kwekerij van der Kooy e a./Commissione* (67/85, 68/85 et 70/85, Racc. pag. 219), in cui la tariffa preferenziale contestata praticata da Gasunie si applicava a tutte le imprese attive nel settore dell'orticoltura in serra.

73 — La percezione dei vantaggi previsti nel quadro di un determinato regime di aiuti è spesso subordinata ad una decisione, ad esempio di investimento, del beneficiario: v., ad esempio, sentenza *Unicredito italiano*, cit., punto 8, in cui l'agevolazione fiscale in questione, applicabile all'intero settore bancario, era concessa unicamente alle banche che effettuavano fusioni o analoghe operazioni di ristrutturazione per cinque periodi di imposta consecutivi.

particolare tipo di utilizzatori, le compagnie aeree a basso costo, mentre risultano poco o meno appetibili per le compagnie aeree tradizionali. La libertà di scelta di queste ultime è dunque di fatto limitata, tanto più che, come emerge sia dall'ordinanza di rinvio che dalla decisione di avvio del procedimento di indagine formale, i tariffari in questione riflettono il contenuto di contratti intercorsi tra FFH e RA e sono dunque modellati sulle esigenze di tale compagnia.

52. Infine, concordo con la Commissione nel considerare che l'esame della selettività in un caso come quello di specie non richiede l'applicazione della metodologia di analisi in due tappe elaborata dalla Corte riguardo a taluni regimi fiscali nazionali, in base alla quale, per valutare la selettività di una misura, occorre accertare, in un primo momento, se, nell'ambito di un dato regime giuridico, la suddetta misura rappresenti un vantaggio per determinate imprese rispetto ad altre che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga⁷⁴ e, successivamente, se l'eventuale differenziazione tra imprese si giustifichi in base alla natura e alla struttura del regime di cui trattasi.

53. Ove la Corte ritenga nondimeno applicabile tale metodologia nel caso di specie, osservo anzitutto che ritenere, come fanno la giurisdizione di rinvio e FFH, che solo le compagnie aeree che desiderano stabilire relazioni commerciali con l'aeroporto di F-H si trovino in una situazione giuridica e fattuale comparabile rispetto ai tariffari in questione significa sostenere, con un ragionamento sostanzialmente circolare, che solo i soggetti che soddisfano i criteri o le condizioni previsti per ottenere i vantaggi derivanti dall'applicazione di una determinata misura vengono in rilievo ai fini dell'analisi del carattere selettivo di quest'ultima⁷⁵.

54. Se proprio si deve individuare una cerchia di soggetti che si trovano rispetto ai tariffari in questione in una situazione fattuale e giuridica comparabile, questa è, a mio avviso, costituita (almeno) da tutte le compagnie aeree che sono *suscettibili* di utilizzare l'aeroporto di Frankfurt-Hahn e di usufruire dei servizi inclusi nei suddetti tariffari⁷⁶. Tra tali imprese solo quelle che *effettivamente* utilizzano l'aeroporto beneficiano dei supposti vantaggi derivanti dall'applicazione dei tariffari in questione e, tra queste, stando alle risultanze del fascicolo, solo RA beneficia di tariffe e altre condizioni di transazione oggetto di una previa negoziazione bilaterale con FFH⁷⁷.

55. Qualora, contrariamente a quanto da me suggerito nei paragrafi che precedono, la Corte decida di rispondere negativamente alla seconda questione pregiudiziale, ritengo che gli elementi evidenziati dalla giurisdizione di rinvio nel suo terzo quesito [sub b) e c)] e qui sopra già richiamati, vale a dire l'adozione da parte di FFH di un modello commerciale basato su una cooperazione con compagnie

74 — Com'è noto, tale giurisprudenza prende le mosse dalla sentenza dell'8 novembre 2001 *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, Racc. pag. I-8365), relativa alla riduzione della tassa sull'energia concessa in Austria alle imprese attive prevalentemente nel settore manifatturiero; per altri precedenti v., in particolare, sentenze del 13 febbraio 2003, *Spagna/Commissione* (C-409/00, Racc. pag. I-1487, punto 47); del 6 settembre 2006, *Portogallo/Commissione* (C-88/03, Racc. pag. I-7115, punto 54); dell'11 settembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja e a.* (C-428/06 a C-434/06, Racc. pag. I-6747, punto 46), e *British Aggregates*, cit., punto 82. La Corte e il Tribunale hanno fatto ricorso ad un'analoga metodologia di analisi anche in ambiti diversi da quello delle misure fiscali: v., ad esempio, sentenze del Tribunale del 4 luglio 2007, *Bouygues e Bouygues Télécom/Commissione* (T-475/04, Racc. pag. II-2097); della Corte del 2 aprile 2009, *Bouygues e Bouygues Télécom/Commissione* (C-431/07 P, Racc. pag. I-2665) e del 15 luglio 2004, *Spagna/Commissione* (C-501/00, Racc. pag. I-6717).

75 — Applicando un tale ragionamento, ad esempio, nella causa *Adria-Wien Pipeline*, solo le imprese prevalentemente manifatturiere avrebbero dovuto considerarsi in una situazione giuridica e fattuale comparabile riguardo alla misura fiscale in causa, la quale non avrebbe potuto conseguentemente ritenersi selettiva.

76 — Contrariamente a quanto affermato da FFH nelle sue osservazioni, le decisioni relative all'aeroporto di Manchester (decisione del 14 giugno 1999, aiuto di Stato NN 109/98— *United Kingdom Manchester Airport*) e a quello di Bratislava [decisione del 27 gennaio 2010, aiuto di Stato C 12/08 (ex NN 74/07) — *Slovacchia* — Accordo fra l'aeroporto di Bratislava e Ryanair, GU L 27, pag. 24] non consentono di concludere nel senso dell'esistenza di una prassi della Commissione volta a limitare alle sole compagnie aeree che utilizzano l'aeroporto in causa la cerchia di soggetti la cui situazione può essere comparata ai fini dell'esame della selettività. Le valutazioni contenute in quelle decisioni e alle quali rinvia FFH riguardano, rispettivamente, l'analisi dell'esistenza di una distorsione di concorrenza e l'applicazione del criterio dell'investitore privato in economia di mercato, e non quella del carattere selettivo delle misure in causa.

77 — Sebbene la questione non sia stata specificamente sollevata né nell'ordinanza di rinvio né nelle osservazioni presentate dinanzi alla Corte, osservo infine che, in casi come quello di specie, l'analisi relativa a una possibile giustificazione oggettiva «in base alla natura e alla struttura del regime» tende, in sostanza, a confondersi con l'esame relativo alla conformità del comportamento dell'impresa pubblica — nella fattispecie la gestione di FFH delle relazioni commerciali con le compagnie aeree che si avvalgono dell'aeroporto di F-H — a quello di un operatore privato in economia di mercato, esame che viene di norma svolto nel quadro dell'accertamento dell'esistenza di un vantaggio.

aeree a basso costo e di condizioni di utilizzazione dello scalo adattato alle esigenze di tali imprese nonché la circostanza che la maggior parte del traffico di passeggeri dello scalo sia originato da un'unica compagnia, conducano, nel quadro di una valutazione globale, a concludere parimenti al carattere selettivo dei tariffari controversi.

IV – Conclusioni

56. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di rispondere come segue ai quesiti posti dall'Oberlandesgericht Koblenz:

«Un giudice nazionale, adito con una domanda volta ad ottenere la cessazione dei versamenti da effettuare e il recupero di quelli già effettuati in esecuzione di una misura imputabile allo Stato, non notificata ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, prima frase, TFUE e nei confronti della quale la Commissione ha adottato una decisione di avvio del procedimento di indagine formale di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE, è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie ad assicurare il rispetto, da parte delle autorità nazionali, dell'obbligo di sospensione che deriva dall'effetto congiunto dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, e della qualificazione provvisoria come aiuto contenuta nella suddetta decisione, nonché ad eliminare le conseguenze di un'eventuale violazione di tale obbligo. Tali misure includono la sospensione dell'esecuzione della misura in causa e il recupero di quanto eventualmente già versato.

Qualora non condivida la qualificazione della misura in causa operata dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento di indagine formale, detto giudice, oltre a adire, se del caso, la Corte con una questione pregiudiziale di validità ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), TFUE, potrà, ove ciò sia consentito dal diritto nazionale, decidere di non procedere a un recupero definitivo delle somme in questione fino a quando non sia intervenuta una decisione finale della Commissione ed emettere, nel frattempo, un ordine di recupero provvisorio, disponendo che tali somme siano versate su un conto bloccato fino a quando non sia deciso il merito della controversia.

Alla luce della risposta data al primo quesito pregiudiziale, non è necessario rispondere al secondo e al terzo quesito».