

**FINANZIAMENTO DEGLI OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO E DISCIPLINA
DEGLI AIUTI DI STATO: EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA E RECENTI
INNOVAZIONI NORMATIVE NELLA PROSPETTIVA DELLO *STATE AID*
ACTION PLAN.**

di
Luigi Alla

1 Premessa. - 2. La transizione al mercato interno e la transazione con le politiche pubbliche nazionali - 3. Aiuti di Stato ed obblighi di servizio pubblico nella giurisprudenza comunitaria. - 4. La *Ferring* e la sua metabolizzazione dottrinaria. - 5. La messa a punto dell'approccio compensazione in *Altmark* e le problematiche applicative - 6. Il dopo *Altmark*: verso la stabilizzazione? - 7. Il cd. "Pacchetto di misure" del luglio 2005 - 8. Riforma della Politica comunitaria in materia di aiuti di Stato e prospettive di applicazione decentrata nello *State Aid Action Plan*.

1. Premessa.

La necessità di operare un accurato inquadramento del rapporto tra disciplina degli «aiuti di Stato» e finanziamento degli «obblighi di servizio pubblico» definiti all'interno dei vari ordinamenti nazionali in funzione di tutela di esigenze di solidarietà e coesione economico-sociale ha acquisito grande rilevanza negli ultimi anni, in conseguenza delle politiche di liberalizzazione avviate a livello comunitario che hanno posto in maniera sempre più rilevante il problema di come garantire l'accesso in (e la permanenza su) mercati liberalizzati (o in via di liberalizzazione) in condizioni di parità concorrenziale tra i diversi operatori su essi attivi.

La stessa Commissione aveva presentato al Consiglio europeo di *Laeken* del 2001 una *Relazione sui Servizi di interesse generale* volta a «migliorare la certezza giuridica nel campo del finanziamento dei servizi di interesse generale», affrontando la delicata questione della redditività economica degli operatori gravati da obblighi di servizio pubblico¹.

¹ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, Relazione al Consiglio europeo di *Laeken* sui «Servizi di interesse generale» (Com (2001) 598 def. Per un commento della Relazione si veda CAPANTINI M., *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato. La Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2003, pag. 478-492.

L'azione della Commissione è stata tuttavia rallentata dalle oscillazioni della giurisprudenza comunitaria sulla *qualificazione giuridica* delle misure d'ausilio aventi finalità compensativa di obblighi di servizio pubblico che ha aperto un acceso dibattito a livello dottrinario sul regime del finanziamento dei servizi di interesse economico generale ed ha dato luogo a profonde divergenze di opinioni anche tra gli Avvocati Generali della Corte di Giustizia.

Obiettivo del presente contributo è quello di fare il punto sulla relazione tra la disciplina sugli «aiuti di Stato» ed il finanziamento dei servizi di interesse economico generale, con specifico riferimento alla qualificazione giuridica delle misure di ausilio ed alla definizione del rapporto tra le disposizioni contenute negli articoli 87–89 del Trattato CE e la previsione di cui all'articolo 86, para 2, che contempla la possibilità di *derogare* all'applicazione della disciplina del Trattato – ed in particolare a quella in tema di *concorrenza* – quando da questa possa derivare un ostacolo all'adempimento della «specifica missione» affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Il contributo è organizzato come segue. Dopo una breve ricostruzione dell'evoluzione del rapporto tra servizi di interesse economico generale e disciplina comunitaria della concorrenza, sono ripercorsi i punti di snodo fondamentali della giurisprudenza comunitaria in tema di finanziamento degli obblighi di servizio pubblico, dedicando particolare attenzione alla sentenza *Altmark* della quale sono illustrate le problematiche applicative evidenziate dalla prassi della Commissione e dalle pronunce dei Giudici comunitari.

Successivamente, viene condotta l'analisi della sistematizzazione della disciplina operata dalla Commissione con il cd. «pacchetto di misure» del luglio del 2005 sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale, con il quale viene definito il regime applicabile al finanziamento degli operatori gravati da obblighi di servizio pubblico, cercando di verificare fino a che punto le previsioni in esso contenute contribuiscano a rendere più chiaro il quadro di valutazione delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico e forniscano una risposta adeguata alle esigenze di riforma poste dalle prospettive di sviluppo della *Politica comunitaria* nel settore degli aiuti di Stato delineate nello *State Aid Action Plan*.

2. La transizione alla costruzione del mercato interno e la necessaria transazione con le politiche pubbliche nazionali.

L'evoluzione del rapporto tra Comunità europea e Stati membri nella definizione della disciplina dei servizi di interesse economico generale, offre un punto di osservazione privilegiato delle rilevanti modificazioni indotte all'interno degli Stati membri dall'affermazione dei principi comunitari e consente, al contempo, di evidenziare come la stessa transizione della costituzione economica europea verso un paradigma di tipo democratico-liberale, abbia risentito delle *resistenze* opposte dai diversi ordinamenti

nazionali all'assimilazione dei principi promossi dal processo di integrazione europea².

L'affermazione del «principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza» di cui all'articolo 4 del Trattato, non costituisce, infatti, l'unico parametro di riferimento dell'azione della Comunità che, specie negli ultimi anni, si è dimostrata sempre più propensa ad associare al principio dell'*orientamento al mercato* anche i *valori della coesione economica e sociale*.

In tale linea di ragionamento dunque, il tema del finanziamento dei servizi di interesse economico generale, oggetto della presente indagine, costituisce parte del più generale problema della definizione del ruolo del potere pubblico nel contesto di un'economia di mercato nella quale deve essere assicurato un adeguato bilanciamento tra il rispetto dei *principi* e delle *regole* della concorrenza da parte di tutti i soggetti che si trovano a vario titolo ad interagire sul mercato e la garanzia di attuazione di forme di intervento pubblico volte a salvaguardare l'*interesse generale* alla soddisfazione di bisogni dei cittadini ritenuti essenziali.

La ricerca di tale equilibrio presenta molteplici aspetti controversi che a loro volta risultano fortemente interrelati gli uni agli altri. In primo luogo, il settore dei servizi di interesse generale è molto *sensibile* politicamente e socialmente e costituisce il terreno nel quale si svolge il confronto dialettico tra Stati membri e Comunità nella definizione del rapporto tra forme e limiti dell'intervento pubblico nell'economia e rispetto del diritto comunitario.

L'assenza di una chiara delimitazione di ruoli e competenze tra Stati membri e Comunità, determina un quadro di riferimento ambiguo. Il Trattato, infatti, non colloca il funzionamento dei servizi di interesse generale fra gli obiettivi comunitari e non assegna alla Comunità poteri specifici in questo ambito. Lo stesso articolo 16 introdotto dal Trattato di Amsterdam³, nel riconoscere

² Si pensi alle *reazioni* di alcuni ordinamenti nazionali, come, ad esempio, quello francese ad interventi comunitari ritenuti lesivi delle prerogative nazionali nell'organizzazione e disciplina dei servizi pubblici. Cfr. al riguardo, CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in Riv. trim. dir. pub., 2003, p. 95 ss. Più in generale, sugli effetti che la costituzione economica comunitaria ha avuto sulla Costituzione italiana, si vedano GUARINO G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in Quad. Cost., 1992, 42; AMATO G., *La nuova costituzione economica*, in DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G., a cura di 1998, *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998; QUADRIO CURZIO A., (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, 2001; CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Laterza, 2003; CATALANI A., LABRIOLA S., (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; CARANTA R., *Intervento pubblico nell'economia*, in Dig. Disc. Pubbl. Aggior., Torinano, 2002, ad vocem; CUOCOLO F., *Costituzione europea e costituzioni nazionali (l'Europa del mercato e l'Europa dei diritti)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, I, Milano, 2002, p.384; AZZERA L., *Le regole (mutevoli) della Costituzione economica*, in AA.VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005.

³ L'articolo 16 del Trattato recita: «fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti». È noto sull'articolo 16

l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei *valori comuni dell'Unione*, e la funzione da essi svolta per la promozione della coesione sociale e territoriale, si limita a conferire alla Comunità e agli Stati membri la responsabilità di assicurare, «in base alle rispettive competenze» e attraverso le politiche messe in atto, che i servizi di interesse economico generale adempiano alla propria missione⁴.

Tale condivisa responsabilità è dunque all'origine della difficile definizione della politica comunitaria in materia di servizi di interesse generale. Se da un lato, infatti, spetta primariamente alle autorità competenti a livello nazionale, regionale e locale definire, organizzare, finanziare e monitorare i servizi di interesse generale, dall'altro, la Comunità ha competenza in relazione a diverse materie che entrano frequentemente "in contatto" con i servizi di

del Trattato si siano formate divergenti opinioni: secondo alcuni, infatti, tale disposizione è ritenuta una base da cui prendere le mosse per costruire una vera e propria cittadinanza europea, attraverso il riconoscimento di nuovi diritti a livello europeo e la promozione di politiche volte a soddisfare gli interessi socio economici dei cittadini. Altri hanno, invece, rilevato la natura sostanzialmente confermativa dell'impianto elaborato dall'operato "congiunto" Commissione/Corte di Giustizia sull'applicazione-interpretazione dell'articolo 86. Cfr. sul punto FERRARI E., (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano 2000, TIZZANO A., *Il trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, CORSO G., *I servizi pubblici comunitari*, in Riv. giur. quadr. dei servizi pubblici, 1999, CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo*, cit..

⁴ Testimonianza della riconosciuta importanza che i servizi di interesse economico generale assumono nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, soprattutto in considerazione del loro ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, è rinvenibile nell'articolo 36 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, dove si afferma che l'Unione al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale «riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale» quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea". Cfr., PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in Dir. Un. Eur., 2002, p. 633 e ss.; RADICATI DI BROZOLO L.G., *L'Unione e i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici?)*, in Dir. Un. Eur., 2002, p. 551 e ss.

Da rilevare inoltre che l'articolo 16, in seguito alla riscrittura operata dall'articolo III-122 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Bruxelles il 13 ottobre 2004, recita che «...in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale in quanto servizi ai quali tutti nell'Unione attribuiscono un valore e del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione della Costituzione, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. La legge europea stabilisce tali principi e fissa tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto della Costituzione, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi». Al riguardo è stato osservato che la sostituzione nella nuova formulazione dell'art. 16 del Trattato dell'espressione *valori comuni* dell'Unione contribuisce al processo di laicizzazione della nozione di servizio pubblico. In tale linea di ragionamento, inoltre, l'inciso riferito alle condizioni, segnatamente economiche e finanziarie, di erogazione dei servizi, pare destinato a rafforzare il vincolo di neutralità concorrenziale, siccome stabilito dalle più recenti della Corte di Giustizia e ribadito dai documenti della Commissione. Infine, la previsione che la definizione dei principi e delle condizioni di funzionamento dei servizi spetti alla legge europea, da un lato, «affievolisce le competenze degli ordinamenti nazionali, dall'altro, conferendo la signoria della materia alla Commissione, elimina ogni residua incertezza sul livello normativo delle decisioni». Cfr. CARTEI G. F., *I servizi di interesse economico generale*, op. cit. Si veda anche MARESCA M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in Dir. Un. Eur., 2005, p. 445.

interesse generale: disciplina del mercato interno, disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato, libera circolazione dei servizi, politica dei consumatori, reti transeuropee, industria, coesione economica e sociale, ecc.

- *Il contenuto della locuzione.* I servizi di interesse economico generale (nel prosieguo anche SIEG) che pure sono espressamente menzionati nel Trattato sia nell'articolo 86, para 2, che nell'articolo 16, non ricevono alcuna espressa definizione, né nelle richiamate disposizioni né in alcun atto di diritto derivato. L'individuazione del significato della locuzione SIEG è stata per lungo tempo operata prevalentemente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵.

A partire dalla seconda metà degli anni '90, maggiore attenzione alla questione è stata dedicata dalla Commissione che ha appositamente adottato

⁵ Il contenuto della nozione di servizi di interesse economico generale, è rimasto per lungo tempo alquanto indistinto data la propensione della Corte di Giustizia ad utilizzare un approccio pragmatico consistente nel riconoscere o meno l'esistenza dell'*interesse generale* alla prestazione della *determinata attività* analizzata nello specifico caso sottoposto al suo apprezzamento. In tale linea di ragionamento, la Corte ha riconosciuto il carattere di impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale ad una società competente a gestire diritti d'autore, dal momento che la società amministrava interessi privati, anche se si trattava di diritti di proprietà intellettuale tutelati dalla legge (Corte di Giustizia, sentenza del 2 marzo 1983, in causa C-7/82, *G.V.L.* in Racc., p. 483). Analogo orientamento è stato espresso in relazione ad un'impresa cui era stato conferito il diritto esclusivo di esercizio delle operazioni portuali; ad avviso della Corte, infatti, non risultava dimostrato come l'interesse legato alle operazioni portuali avesse "carattere specifico" rispetto ad altre attività della vita economica (Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 1991, *Soc. merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, in causa C-179/90, in Racc., pag. 5889). Qualche indicazione utile ai fini della ricostruzione in positivo del contenuto della nazione la si ricava dalle pronunce nelle quali la Corte ha riconosciuto l'esistenza dei presupposti che legittimano il richiamo alla deroga di cui all'articolo 86 para 2: *Min. Public Luxembourgeois c. Muller* in cui è stato considerato come servizio di interesse economico generale la navigabilità della più importante via d'acqua (Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1971, in causa C-10/71, *Min. Public. Luxembourgeois c. Muller*, in Raccolta, p. 723.); *Sacchi* relativa al monopolio sulle trasmissioni televisive (Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1974, in causa C-155/73, *Sacchi c. RAI*, in Raccolta, p. 409); *Ahmed Saeed* concernente la gestione di linee aeree non redditizie dal punto di vista commerciale (Corte di Giustizia sentenza 11 aprile 1989, in causa C-66/86, *Ahmed Saeed Flugresen e a. c. Zentrale*, in Raccolta, p. 803.); *R.T.T.* relativa alla gestione di una rete telefonica pubblica (Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 1991, in causa C-18/88, *R.T.T.*, in Raccolta p. 5941.); *Corbeau* in tema di gestione del servizio postale (Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1993, in causa C-320/91, *Corbeau*, in Raccolta, p. 2533.); *Comune d'Almelo e Monopoli nazionali energia elettricità*, in tema di distribuzione di elettricità, (Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo e a.*, Racc. pag. I-1477, e sentenze 27 ottobre 1997, in cause C-157/94, C-158/94, C-159/94 e C-160/94, *Monopoli energia elettrica*. Fra le pronunce appena ricordate particolare rilevanza assumono le sentenze *Corbeau* e *Comune d'Almelo e Monopoli nazionali energia*. Nella sentenza *Corbeau*, la Corte riconduce i servizi di interesse economico generale a quelli diretti a soddisfare un interesse essenziale per la collettività e prestati con i caratteri dell'universalità, vale a dire a chiunque ne faccia richiesta, ad un prezzo uniforme e ragionevole, indipendentemente dalla redditività di ogni singola operazione (servizio postale di base). Nelle vicende *Comune d'Almelo e Monopoli nazionali energia* la Corte ha, invece, rilevato l'interesse generale nella garanzia dell'approvvigionamento continuo di energia elettrica in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti – distributori locali o consumatori finali – nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela" (punto 48).

una Comunicazione sui *Servizi di interesse generale* nel 1996, successivamente integrata e modificata nel 2001⁶.

Nella medesima linea di ragionamento, inoltre, va altresì ricordato come la Comunità abbia manifestato il proprio orientamento sia in relazione alla definizione di alcuni *principi comuni* che consentono di definire un "concetto comunitario" di servizi di interesse economico generale che alla previsione di specifici *obblighi di servizio pubblico* in diversi interventi di carattere settoriale⁷.

Più di recente, il tema è stato ripreso nel *Libro Verde sui Servizi di interesse generale* del 2003⁸ e nel successivo *Libro Bianco* del 2004⁹, nei quali si afferma che il concetto di servizio di interesse economico generale (SIEG) si riferisce a «servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico»¹⁰.

- *La natura composita e il particolare regime giuridico*. I servizi di interesse economico generale sono una *species* del *genus* servizi che trova apposita disciplina generale negli articoli da 43 a 49 del Trattato. Sono, quindi, in tutto e per tutto prestazioni di attività economiche.

⁶ Cfr. *Comunicazione sui servizi di interesse generale* (comunicazione orizzontale) in GUCE c 281 del 26/09/1996, aggiornata dalla Comunicazione del 1996 (in GUCE C 17 del 19/01/2001).

⁷ Si pensi, ad esempio, al concetto di servizio universale, alla continuità, qualità, accessibilità dei prezzi, alla protezione degli utenti e dei consumatori, ecc. Cfr. al riguardo Libro Verde, cit. para 42. Rileva l'indefinitezza del «concetto comunitario di servizi di interesse economico generale», CARTEI G. F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, n. 5, 1219 ss., secondo cui la «nozione cui allude la Commissione assembla elementi appartenenti a tradizioni diverse ed enuclea un concetto tutt'altro che definito». Sulla base della disciplina comunitaria, infatti, gli elementi del concetto comunitario di servizio di interesse economico generale sembrerebbero riguardare «il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori». Tale conclusione, ad avviso dell'A., deve ritenersi tutt'altro che appagante ove si consideri che «...il principio di continuità...risale all'esperienza del *service public* francese ed esprime la necessità che il servizio, rispondendo a bisogni fondamentali degli utenti, sia fornito regolarmente e senza interruzioni...La disciplina della tutela degli utenti, più che derivare da un concetto comunitario o legittimare un regime speciale, costituisce la conseguenza della trasformazione del rapporto di utenza in una relazione di mercato...Quanto ai principi di qualità e di accessibilità delle tariffe, appare più corretto parlare di elementi della disciplina del servizio universale, piuttosto che di elementi autonomi della nozione di servizi di interesse economico generale». In tale prospettiva, inoltre, neanche la riconduzione della nozione comunitaria alla disciplina del servizio universale, costituisce un solido parametro di riferimento dal momento che «il servizio universale [non] costituisce un istituto o concetto di derivazione comunitaria..., in quanto è stato mutuato dalla tradizione nordamericana ed adattato alla realtà giuridica europea...Nella tradizione da cui è originato la sua fortuna, lungi dal legittimare l'ingresso della tradizione europea del servizio pubblico, ha coinciso, invece, con le politiche di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, fungendo da tecnica regolatoria sussidiaria al mercato».

⁸ Commissione CE, *Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale*, Bruxelles, 21.5.2003 COM(2003) 270 definitivo, in particolare para 85-93.

⁹ Commissione CE, *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni Bruxelles, 12.5.2004 - COM(2004) 374 def. para 4.2.

¹⁰ Cfr. *Libro Verde*, cit., para. 17.

Dal punto di vista del regime giuridico, il Trattato non ne ha sancito l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'ordinaria disciplina dettata per le altre attività economiche, prevedendo anche per i SIEG l'assoggettamento in via di principio alle stesse regole.

I soggetti incaricati della gestione dei servizi di interesse economico generale, esercitando un'attività economicamente rilevante, rientrano nella nozione comunitaria di «*imprese*» e devono rispettare le norme sulla concorrenza dettate dagli articoli 81 e 89 del Trattato tra le quali rientrano anche quelle sugli «aiuti di Stato».

Tuttavia, in considerazione delle peculiari caratteristiche che contraddistinguono tali servizi, tale assoggettamento *non è assoluto* dal momento che l'articolo 86, para 2 prevede una deroga all'applicazione delle disposizioni del Trattato nella misura in cui da queste derivi ostacolo all'adempimento della «*specifica missione*» affidata¹¹.

I servizi di interesse economico generale, si differenziano, infatti, dalle altre prestazioni di attività economiche, perché in considerazione dei rilevanti interessi sociali connessi alla loro prestazione, l'esercizio dell'attività è improntata al rispetto di principi – ed al perseguimento di obiettivi – in parte diversi rispetto a quelli della *logica del mercato* e delle regole che presiedono al suo funzionamento.

Questa indotta deviazione dalla sola logica del mercato può sostanziarsi, ad esempio, nell'obbligo di fornitura del servizio a predeterminati livelli di prezzo, secondo predefinite caratteristiche qualitative, in modo continuativo e con carattere di tendenziale universalità, e determina l'insorgenza di extra-costi, la cui copertura può essere garantita attraverso molteplici modalità di intervento pubblico.

I servizi considerati di *interesse economico generale*, si pongono dunque in una sorta di zona intermedia tra *attività economiche* – da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo – e *attività non economiche* da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale, di equità redistributiva, ecc.

Tale natura composita ne fa, quindi, una *fattispecie complessa* e tale complessità si riverbera sul relativo regime giuridico strutturandolo secondo canoni di più o meno ampia difformità da quello ordinariamente previsto per le altre attività economiche¹².

¹¹ L'articolo 86, para 2 del Trattato afferma, infatti, che «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali od esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 ad 89 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

¹² Cfr. sul punto PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, in particolare pp. 310 e ss.

L'assetto attuale del regime giuridico dei servizi di interesse economico generale è il risultato dell'azione svolta dalla Commissione e della Corte di Giustizia nel processo di integrazione europea. L'approccio tenuto dalle Istituzioni comunitarie nell'applicazione dei principi e delle disposizioni del Trattato al settore dei servizi di interesse economico generale ha subito, nel corso del tempo, diverse evoluzioni.

In una prima fase del processo di integrazione, infatti, le nozioni di "*servizio pubblico*" proprie dei diversi ordinamenti nazionali e le relative peculiari forme di gestione, sono state utilizzate come schermo giuridico per consentire la sopravvivenza di privilegi e di mercati protetti cui gli Stati membri hanno fatto ricorso per resistere all'integrale applicazione delle norme del Trattato.

Questa situazione è stata agevolata da una non precisa interpretazione delle norme comunitarie che prevedono deroghe alla disciplina che promuove la creazione di un mercato interno in cui deve essere garantita la concorrenza non falsata fra le imprese che operano in ambito comunitario.

In alcuni casi, gli Stati membri hanno addirittura sostenuto che la materia dei *servizi pubblici* fosse integralmente sottratta alla disciplina comunitaria, trattandosi di un settore *riservato* alla piena ed esclusiva sovranità statale.

Ed invero, tale impostazione trovava una, almeno implicita, conferma nella più risalente prassi della Commissione e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che hanno a lungo adottato un *approccio cauto* nell'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza e di (divieto di) aiuti di stato alle imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali ed esclusivi cui frequentemente veniva demandato il compito di provvedere alla gestione delle attività qualificate come *servizi pubblici*.

Nelle prime vicende in cui si pose il problema di stabilire se la mera attribuzione di una posizione di esclusiva potesse rientrare tra le misure contrarie al Trattato che agli Stati membri è precluso emanare o mantenere, la soluzione fornita dalla Corte di Giustizia nella nota causa *Sacchi* fu quella di ritenere che l'*attribuzione* di *diritti speciali* o *esclusivi* non costituisse, di per sé, una misura contraria al Trattato¹³.

Tale conclusione, inoltre, rimaneva valida anche nel caso di successiva *estensione* dell'ambito delle attività attribuite in regime di riserva a seguito di ulteriori provvedimenti statali.

L'originario orientamento del diritto comunitario consentiva dunque di stabilire una sorta di "*presunzione di legittimità*" dell'*istituzione* di tali diritti. L'attenzione del diritto comunitario si concentrava dunque sulle *modalità* di svolgimento del servizio, potendo queste violare le norme di

¹³ Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1974, in causa C-155/73, *Sacchi*, in Raccolta, p. 409, punti 12-15, dove si afferma che «l'art. 90, n. 1, non vieta agli Stati membri di attribuire a determinate imprese diritti speciali ed esclusivi», in quanto «ai sensi del Trattato nulla osta a che gli Stati membri, per considerazioni d'interesse pubblico, di carattere extra-economico» sottraggano determinate attività economiche (nel caso di specie le trasmissioni radiotelevisive) al gioco della concorrenza, attribuendo il relativo diritto esclusivo ad uno o più enti.

concorrenza o le disposizioni in materia di libertà fondamentali del Trattato¹⁴.

Tra la fine della seconda metà degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 del secolo scorso, grazie alla crescente estensione dell'ambito di applicazione della disciplina a tutela della concorrenza anche alle *imprese pubbliche* ed alle iniziative intraprese dalla Commissione per la liberalizzazione delle attività tradizionalmente considerate come *servizi pubblici* nei vari ordinamenti nazionali, si assiste alla progressiva affermazione di un approccio diverso del diritto comunitario, volto a porre sotto sempre più stretta osservazione le relative modalità di organizzazione e gestione all'interno dei diversi Stati membri.

Tale interesse, come noto, riguardò dapprima il rapporto tra l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi e la disciplina prevista dall'articolo 86, para 1, del Trattato. Grazie all'azione della Corte di Giustizia, viene, infatti, abbandonato il principio di «*presunzione di legittimità*»¹⁵ e le normative statali che istituivano regimi di esclusiva iniziano ad essere sottoposte ad una sempre più stringente valutazione di legittimità e di proporzionalità fondata sul *diverso grado di propensione all'abuso – induzione, incitamento, abuso inevitabile o automatico* – delle imprese beneficiarie di tali diritti speciali o esclusivi¹⁶.

Successivamente, l'attenzione della Comunità verrà indirizzata sulla portata della deroga all'applicazione della disciplina in materia di concorrenza per le

¹⁴ Cfr. DI GASPARE G., *Monopolio e riserva*, Enciclopedia Treccani, *ad vocem*, 1996, Roma, il quale ricorda come «nel diritto comunitario si fosse inizialmente imposta, seppur mai formalmente sancita in atti ufficiali, una concezione del servizio pubblico riconnessa a una qualificazione formale e soggettiva della nozione di impresa pubblica così come operata nelle diverse formulazioni dei singoli diritti nazionali... Questa concezione soggettiva del servizio pubblico aveva trovato un qualche sostegno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, sulla scorta di un'interpretazione letterale dell'articolo [86], operava una distinzione tra "esistenza" ed "esercizio" dei diritti esclusivi costituenti situazioni di monopolio, riconoscendo la competenza dello Stato membro per la decisione istitutiva e limitando la competenza comunitaria piuttosto alla verifica delle modalità del suo esercizio in termini di compatibilità con le regole comunitarie della concorrenza».

¹⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 19 marzo 1991, in causa C-202/88, *Francia c. Commissione - Terminali di telecomunicazione*, cit.

¹⁶ Sull'evoluzione dell'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza al settore dei servizi pubblici si vedano: PAPPALARDO A., *State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited*, in *European Competition Law Review*, 1991, p. 29; EHLERMANN C.D., *The contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 257; RAMAJOLI M., *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 560; GARDNER A., *The velvet revolution: Article 90 and the triumph of the free market in the Europe's regulated sectors*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 78-86; RACCA G. M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V., Milano, 1995; TESAURIO G., *Intervento pubblico in economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 719-740; TRIANTAFYLLOU D., *Évolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 1997, p. 558 e ss.; D'ALBERTI M., (a cura di) *Concessioni e concorrenza*, Roma, 1998; CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 187 e ss.; FATTORI P., *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p.127 e ss.; DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2001, pp.135-170.

imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale prevista dall'articolo 86 para 2.

Fondamentale in tale prospettiva è la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Corbeau*¹⁷ in cui la Corte applica per la prima volta le disposizioni dell'articolo 86, para 1 e 2, come parti di un'unica norma volta a fissare le *condizioni di legittimità* dei monopoli legali in materia di servizi di interesse economico generale.

Tale lettura *unitaria* dell'articolo 86 ha consentito, quindi, di valorizzare la clausola derogatoria del paragrafo 2 come disposizione idonea a consentire un "equo bilanciamento" tra l'esigenza di tutelare l'*effetto utile* delle regole di concorrenza e la salvaguardia delle scelte di politica economica operate dagli Stati membri per garantire la prestazione di servizi di interesse generale.

La pronuncia *Corbeau*, inoltre, ha contribuito a delineare in maniera più chiara la portata della misura derogatoria di cui all'articolo 86, para 2 del Trattato.

Se da un lato, infatti, la Corte si oppone ad un'interpretazione estensiva della deroga, ritenendo necessario procedere alla distinzione tra servizi di "base" e servizi a "valore aggiunto" – e riconoscendo solamente ai primi il carattere di servizi di interesse generale –, dall'altro, lascia aperta la possibilità, in determinate condizioni, di *estendere il regime di esclusiva anche* a parte delle attività *economicamente redditizie*.

Tale *estensione* viene, infatti, ritenuta legittima in quanto funzionale ad impedire il fenomeno del c.d. *cream-skimming*, ovvero la concentrazione dei soggetti concorrenti dell'operatore che presta il *servizio di base* nella parte di domanda più profittevole i cui extra-guadagni sono indirizzati, tramite un meccanismo di sussidi incrociati, alla compensazione delle perdite subite nelle attività non profittevoli¹⁸.

Tali considerazioni pongono dunque in evidenza il problema del finanziamento dei servizi di interesse economico generale e dell'importanza di definire un quadro di regole certe entro le quali l'intervento pubblico

¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Corbeau*, cit., in cui la Corte ha affermato che il combinato disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 86 consente «agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni alla concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi».

¹⁸ In altre parole, si vuole evitare il rischio pregiudicare l'*equilibrio economico* dell'impresa incaricata della gestione del servizio di interesse economico generale in conseguenza del venir meno gli extra-profitti ricavati sulla parte profittevole dell'attività economica per effetto del naturale dispiegarsi della logica concorrenziale. La necessità di evitare il cd. *cream-skimming* è un problema di grande rilievo nell'ambito delle politiche di de-regolamentazione ove ci si trova di fronte ad un dilemma fondamentale: facilitare l'entrata e stimolare la concorrenza senza eliminare i sussidi incrociati indispensabili per garantire l'erogazione del servizio universale. Per una trattazione della problematica in un contesto nel quale una *essential facility* si rivela input per l'erogazione di due servizi dei quali uno sussidia l'altro, cfr. BAUMOL W. J., *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in Mercato, concorrenza, regole, 1999, p. 65, in cui si sostiene l'opportunità di un sistema di prezzi differenziali di accesso all'infrastruttura per conseguimento dell'efficienza economica nelle industrie a rete.

eventualmente necessario per garantirne la prestazione in condizioni di equilibrio economico-finanziario possa essere effettuato nel pieno rispetto del diritto comunitario.

- *Il finanziamento dei servizi di interesse generale.* La Commissione, nei suoi più recenti documenti dedicati al tema del finanziamento dei servizi di interesse generale, osserva come non vi sia alcuna correlazione necessaria tra tali tipi di servizi ed intervento di sostegno pubblico a favore dell'impresa che li assicura. Può accadere, infatti, che in alcune situazioni il normale funzionamento del mercato risulti di per sé stesso sufficiente a garantire la redditività delle attività e non richieda interventi correttivi od integrativi da parte dei pubblici poteri¹⁹.

Tuttavia, ove il normale funzionamento del mercato da solo non dovesse risultare sufficiente a garantire la redditività dell'attività, devono ritenersi ammissibili interventi volti a *garantire l'equilibrio finanziario* dell'operatore incaricato della gestione del servizio di interesse generale.

Molteplici sono i meccanismi di finanziamento cui può farsi ricorso: i) un sostegno finanziario diretto da parte del bilancio statale (ad esempio, sussidi, sovvenzioni, riduzione di prelievo fiscale, ecc.); ii) l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi relativamente ad una determinata attività (un monopolio legale) in modo da consentire all'impresa incaricata della gestione del servizio di interesse economico generale di operare dei sussidi incrociati tra la gestione di segmenti di attività profittevoli e segmenti non economicamente redditizi; iii) l'imposizione di contributi sugli operatori attivi in un determinato mercato (es. fondo per il servizio universale); iv) la previsione di strumenti di tipo tariffario-perequativo con i quali il costo complessivamente derivante dall'onere di prestare una determinata attività adempiendo ad alcuni obblighi di servizio pubblico viene *spalmato* su una tariffa nazionale uniforme nonostante le differenze di costo connesse alla fornitura del servizio nei vari ambiti geografici di riferimento; v) la definizione di meccanismi di finanziamento basato su principi solidaristici, come avviene nel caso dei contributi per la previdenza sociale obbligatoria.

La scelta di utilizzare un determinato strumento piuttosto che l'altro – o una loro combinazione – è generalmente operata in considerazione delle differenti tradizioni nazionali e/o delle caratteristiche specifiche dei servizi di volta in volta interessati.

Il diritto comunitario non ha mai espressamente manifestato la propria posizione in ordine alla desiderabilità in linea generale dell'adozione di uno specifico meccanismo di sostegno finanziario, lasciando gli Stati membri *liberi di scegliere le modalità di finanziamento* dei servizi di interesse generale e ciò ha determinato la permanenza di eterogenee forme di ausilio pubblico.

Nonostante l'ampia libertà che la Comunità riconosce agli Stati membri in ordine alla scelta delle diverse forme di finanziamento dei servizi di interesse generale, può rilevarsi come negli ultimi quindici anni sia andata emergendo

¹⁹ Cfr. *Libro Verde*, cit. para 85. Cfr. NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2, 2000, p.429-456.

una chiara linea di tendenza in conseguenza dei processi di liberalizzazione avviati a livello comunitario in settori fortemente permeati da esigenze di tutela di interessi di carattere generale (si pensi, ad esempio, alle telecomunicazioni, all'energia, ai trasporti, ecc.). Si è registrata, infatti, una costante riduzione dell'ambito di operatività di previsioni nazionali che attribuivano diritti speciali ed esclusivi a determinati operatori, in favore di assetti di mercato aperti all'ingresso di nuovi operatori.

Tale processo ha portato a preferire la creazione di fondi specifici finanziati dagli operatori del mercato o il ricorso a fondi del bilancio pubblico, privilegiando comunque forme di finanziamento meno distorsive delle dinamiche competitive che consentono di rendere più trasparenti i costi di fornitura dei servizi di interesse generale e le relative scelte politiche.

Significative appaiono, in tale linea di ragionamento, le previsioni dettate dalle regolamentazioni di settore che in alcuni casi definiscono una vera e propria disciplina del finanziamento degli oneri supplementari degli obblighi di servizio pubblico. Ad esempio, nelle *comunicazioni elettroniche*, le direttive comunitarie impongono agli Stati membri di abolire tutti i diritti speciali o esclusivi, prevedendo la possibilità di creare un fondo di copertura degli oneri supplementari di fornitura di un servizio universale sulla base dei contributi degli operatori del mercato²⁰.

Nei *servizi postali*, la direttiva 97/96/CE consente, invece, di mantenere un monopolio postale definito e di creare un fondo per finanziare il servizio universale²¹. Ed ancora, il Regolamento 2408/92/CEE, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, consente agli Stati membri di concedere un'autorizzazione esclusiva temporanea sulla base di un bando aperto per garantire un servizio regolare su talune rotte per le quali il mercato non offre un servizio adeguato²². Infine, nel *trasporto pubblico*, la disciplina comunitaria prevede norme sul calcolo dei rimborsi da effettuare agli operatori²³.

In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario, dunque, gli Stati membri possono, in via di principio scegliere il meccanismo di finanziamento per il finanziamento dei servizi di interesse economico generale. Il principale limite a tale discrezionalità è dato dal fatto che tale

²⁰ Cfr. articolo 13 della direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), GUCE L108 del 24.4.2002, p. 51.

²¹ Cfr. articoli 7 e 9, paragrafo 4 della direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, GU L15 del 21.1.1998, pag. 14, modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/39/CE, GUCE L 176 del 5.7.2002, p. 21.

²² L'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, GUCE L240 del 24.8.1992, p.8.

²³ Cfr. Regolamento (CEE) n. 1169/69 del Consiglio del 26.06.1969 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, GU L 156 del 28.6.1969, pag. 1 modificato da ultimo dal regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio, GU L 169 del 29.6.1991, pag. 1.

meccanismo di finanziamento non deve creare distorsioni della concorrenza sul mercato comune.

La questione centrale è, dunque, quella di trovare un punto di equilibrio tra il rispetto del principio di autonomia degli Stati membri nell'adozione delle scelte politiche riguardanti i servizi di interesse economico generale –in particolare, per quanto più direttamente rileva in questa sede, in tema di definizione delle relative forme di finanziamento – ed il rispetto delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato. Tali disposizioni, infatti, nello specifico contesto del finanziamento dei servizi di interesse generale devono garantire il raggiungimento della *neutralità concorrenziale* delle misure d'ausilio statale in modo da evitare che le stesse imprese incaricate della gestione del SIEG possano operare dei sussidi incrociati tra le diverse attività distorcendo il confronto competitivo.

Come noto, le disposizioni in materia di «aiuti di Stato» costituiscono parte della disciplina comunitaria sulla concorrenza contenuta negli articoli 81–89 del Trattato e si propongono di prevenire l'adozione di interventi di ausilio finanziario da parte delle autorità pubbliche nazionali che sussidiando determinate imprese o produzioni possono determinare delle distorsioni al normale funzionamento delle dinamiche competitive.

L'inserimento di disposizioni in tema di controllo delle condotte statali potenzialmente restrittive o distorsive della concorrenza rappresenta uno degli elementi di più rilevante peculiarità che contraddistingue il sistema comunitario di tutela della concorrenza rispetto al modello antitrust nordamericano.

La disciplina antitrust contenuta nel Trattato, infatti, è stata inserita in un contesto economico e sociale profondamente diverso da quello statunitense, caratterizzato da un diffuso e pervasivo intervento pubblico nell'economia che ha storicamente caratterizzato i vari ordinamenti nazionali degli Stati membri della Comunità Europea.

Tale fattore spiega perché nel Trattato istitutivo della Comunità, le norme in materia di tutela della concorrenza, oltre a delineare una disciplina contro eventuali sue limitazioni e distorsioni riconducibili ad accordi di cartello tra imprese e/o ad abusi compiuti da soggetti titolari di preponderanti forze di mercato, contengono *anche* previsioni volte a contrastare interventi statali aventi effetti distorsivi della concorrenza.

Nella logica del Trattato, dunque, la disciplina sugli aiuti di Stato svolge una funzione complementare alle norme antitrust applicabili alle imprese e mira ad evitare che gli Stati possano falsare le normali condizioni di funzionamento del mercato a favore di imprese o categorie di imprese nazionali, pregiudicando in tal modo il processo di costruzione ed integrazione del mercato interno e l'effetto utile delle previsioni del Trattato.

Il principio cardine su cui si fonda il regime comunitario degli aiuti è quello della loro *generale incompatibilità* con il mercato comune. Tale principio è espresso nell'articolo 87, para 1, del Trattato, a tenore del quale «salvo deroghe contemplate dal presente Trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma

che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

La previsione della generale incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune sancita dal paragrafo 1 dell'articolo 87 è temperata dalle ipotesi di deroga previste dai successivi paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo 87. Più precisamente, il paragrafo 2 prefigura le ipotesi per cui è possibile *ipso iure* la deroga al principio di incompatibilità, mentre il paragrafo 3 elenca i casi nei quali la deroga può essere concessa a seguito di una valutazione di compatibilità effettuata dalla Commissione²⁴.

Dal punto di vista procedurale, la disciplina delinea un duplice sistema di controllo: *preventivo* della compatibilità dei *nuovi* aiuti e *permanente* sugli aiuti *esistenti*²⁵.

Il controllo preventivo si fonda su due cardini fondamentali contenuti nell'articolo 88 del Trattato: un *obbligo di notifica* alla Commissione per qualsiasi progetto diretto a istituire nuovi aiuti e/o modificare aiuti esistenti cui è associato il cd. obbligo di *stand still* che impone agli Stati membri di astenersi dal dar corso all'attuazione dell'aiuto finché la Commissione non lo abbia autorizzato²⁶.

²⁴ Le norme in materia di aiuti, inoltre, in quanto prevedono la possibilità di derogare al divieto generale e delincono una procedura di controllo della compatibilità con il mercato comune dei diversi progetti di aiuti, rappresentano uno degli strumenti utilizzati dalla Commissione per la definizione di vere e proprie linee di politica industriale. La letteratura in tema di aiuti di Stato è amplissima; cfr. *ex multis*: VANNINI M., *Aiuti di Stato e analisi economica*, in BARATTI S., (a cura di) *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; BALLARINO T., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, 1998; DI PLINIO G., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; DI GASPARE G., *Aiuti pubblici*, in Piccozza E., (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1998; PINOTTI C., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; ID., *Interessi pubblici e privati nella disciplina comunitaria della concorrenza*, parte I, II e III, in L'amministrazione italiana, 2000, n.4, 5 e 6; TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2001; PORCHIA O., *La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese*, in Dir. Pubbl. Comp. Eur., 2003, n.1; BIONDI A., ECKHOUT P., FLYNN J., *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; BUZZACCHI C., *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in Il diritto dell'economia, n.3/4-2004; GHELARDUCCI F., CAPANTINI M., *Gli aiuti di Stato ed il principio dell'investitore privato negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in MASSERA A., (a cura di) *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; FRENI E., *Gli aiuti di Stato*, in VESPERINI G., (a cura di) *Diritto amministrativo speciale, Corso di diritto amministrativo*, diretto da CASSESE S., Milano, 2005; LUCHENA G., *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006.

²⁵ Sono considerati «aiuti esistenti» quelli già accordati al momento dell'entrata in vigore del Trattato CE e quelli successivamente giudicati compatibili con il mercato comune in esito ad una procedura di autorizzazione. Cfr. al riguardo l'articolo 1 del Regolamento 659/1999/CE del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE. La previsione del controllo permanente sugli aiuti autorizzati si inquadra nella logica di una progressiva riduzione delle politiche di aiuti statali attraverso un monitoraggio continuo che consenta di verificare la sussistenza dei presupposti che ne avevano legittimato la concessione.

²⁶ L'inosservanza dell'obbligo di notifica e/o di sospensione dell'erogazione che determina l'illegittimità insanabile dell'aiuto, ma non ne determina anche la sua incompatibilità con il mercato comune che deve essere eventualmente decretata in esito ad un apposito esame da parte della Commissione. In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia la quale ha affermato che la Commissione è comunque obbligata a procedere, in ogni caso, alla verifica di

Gli aiuti erogati, o modificati, senza essere stati notificati alla Commissione o comunque prima di avere ricevuto il positivo giudizio di compatibilità da parte della Commissione, sono considerati *illegali* e può esserne chiesto il rimborso qualora vengano considerati incompatibili con il mercato comune²⁷.

Il Trattato non fornisce un'espressa definizione del concetto di «aiuto di Stato», limitandosi ad indicare nell'articolo 87, para 1, alcuni elementi che concorrono a configurarne la relativa nozione.

I giudici comunitari, fin dalla più risalente giurisprudenza, hanno tenuto un atteggiamento piuttosto rigido nella *qualificazione* di una misura d'ausilio quale «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87.1, affermando che questa doveva essere condotta sulla base degli *effetti* che la misura d'ausilio poteva determinare sulla concorrenza²⁸.

In tale prospettiva, dunque, sono stati considerati irrilevanti, ai fini della relativa qualificazione, la forma, gli obiettivi perseguiti o le motivazioni sottese all'intervento statale.

Tali aspetti, ove riconducibili alle ipotesi derogatorie espressamente previste nelle norme del Trattato, potevano essere meritevolmente apprezzati dalla Commissione in sede di valutazione di compatibilità della misura²⁹.

compatibilità degli aiuti (Corte di Giustizia, sentenza 21 marzo 1990, Belgio c. Commissione causa C-142/87 e sentenza 14 febbraio 1990 Francia c. Commissione causa C-301/87).

²⁷ Anche gli aiuti ritenuti potenzialmente ammissibili perché rientranti nelle ipotesi di deroga delineate dall'articolo 87, paragrafo 3, se non vengono notificati o se l'erogazione avviene prima della valutazione di compatibilità della Commissione sono illegittimi e la Commissione ne può ordinare il recupero da parte dell'autorità pubblica che ne ha disposto l'erogazione. La decisione di compatibilità dell'aiuto ha dunque efficacia *ex nunc* ed il controllo preventivo dell'istituzione comunitaria si configura come una condizione legale di efficacia del provvedimento nazionale che eroga o dispone l'erogazione dell'aiuto. Il divieto di erogare l'aiuto prima della sua valutazione come compatibile con il mercato comunitario è provvisto di *effetto diretto* e la sua violazione può essere fatta valere dinanzi al giudice nazionale da parte dei soggetti (imprese concorrenti) che subiscono un pregiudizio dall'aiuto conferito in violazione delle norme comunitarie.

²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 luglio 1974, in causa C 173/73, *Italia c. Commissione*, in Racc. I, p. 709, para 27..

²⁹ La Corte di Giustizia ha anche affermato che «la nozione di aiuto è più ampia della nozione di sovvenzione perché comprende non soltanto le prestazioni positive come le sovvenzioni stesse, ma anche interventi che, in varie forme alleviano gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono effetti identici. Il termine aiuti delineato dall'articolo 87 n.1 implica necessariamente vantaggi concessi direttamente o indirettamente alle imprese mediante risorse statali o che costituiscono un onere supplementare per lo Stato o per gli enti designati o istituiti a tal fine. (Sentenza 17 giugno 1999, in causa C-295/97). L'ampiezza della nozione di aiuto porta a considerare come aiuti tutte quelle misure che, direttamente o indirettamente, rappresentano, per l'impresa che ne è destinataria un vantaggio economicamente apprezzabile attribuito attraverso l'intervento pubblico e che senza di questo non si sarebbe realizzato. Inoltre, la previsione utilizzata del Trattato «aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali» fa sì che le misure qualificabili come aiuti di Stato non devono necessariamente essere erogati dallo Stato ma è sufficiente riscontrare un collegamento diretto o indiretto con le risorse statali. Le norme relative agli aiuti di Stato riguardano quindi tutte le misure che comportano un trasferimento di risorse statali (comprendenti le risorse dei bilanci nazionali, regionali e locali, delle banche e fondazioni pubbliche, ecc.). L'aiuto può anche essere concesso non dallo Stato stesso, ma da un organo intermedio, privato o pubblico, designato dallo Stato. Condizione della rilevanza dell'aiuto per il regime comunitario è che esso investa talune imprese ovvero talune produzioni. L'aiuto di Stato deve essere selettivo ed atto ad incidere – o a rischiare di incidere – sulla dinamica

In estrema sintesi, può osservarsi come ai fini della qualificazione di una misura pubblica come «aiuto Stato» ai sensi dell'articolo 87.1, la consolidata giurisprudenza comunitaria impone di verificare se la misura d'ausilio statale: i) costituisce un intervento dello Stato o, comunque, effettuato mediante risorse statali; ii) possa incidere sugli scambi tra Stati membri; iii) conferisce un vantaggio selettivo a talune imprese o a talune produzioni; iv) può alterare il gioco della concorrenza³⁰.

Richiamata in termini generali la disciplina in tema di aiuti di Stato una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della sua applicazione al finanziamento degli obblighi di servizio pubblico consente di mettere in evidenza le principali tappe lungo le quali si è sviluppato l'approccio comunitario sull'attribuzione di ausili finanziari alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

3. Aiuti di Stato ed obblighi di servizio pubblico: evoluzione e punti di snodo della giurisprudenza comunitaria.

L'ampia accezione del concetto di «aiuto di Stato», affermata dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza del 1974 *Italia c. Commissione*³¹, non ha favorito la focalizzazione dell'attenzione sulle peculiari problematiche poste dal rapporto tra il finanziamento dei servizi di interesse economico generale e la disciplina sugli «aiuti di Stato». Secondo la Corte, infatti, l'articolo 87, para 1 del Trattato denotava una nozione *oggettiva* di «aiuto di Stato» e richiedeva di valutare la misura statale solo ed esclusivamente in relazione all'*effetto* da questa prodotto in termini di attribuzione al beneficiario di una posizione di vantaggio rilevante dal punto di vista finanziario.

Alla sostanziale rimozione della questione contribuiva, del resto, il «*cono d'ombra*» che investiva il più ampio tema del rapporto tra il ruolo degli Stati

competitiva fra l'impresa o un gruppo di imprese o di produzioni ed i rispettivi concorrenti. L'elemento della "selettività", consente di differenziare un aiuto di Stato dalle cosiddette "misure generali" (applicabili in maniera automatica e indiscriminatamente a tutte le imprese di tutti i settori economici di uno Stato membro, come avviene per la maggior parte delle misure fiscali a livello nazionale). Il carattere di selettività è riconosciuto quando il regime si applica solo a una parte del territorio di uno Stato membro (è quanto avviene nel caso degli aiuti regionali e settoriali). L'aiuto deve avere un effetto, anche solo potenziale, sulla concorrenza e gli scambi fra Stati membri. Al riguardo, può rilevarsi come con riferimento all'idoneità delle misure di ausilio ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte abbia manifestato una generale propensione a riconoscere tale attributo in molti casi sottoposti al suo apprezzamento arrivando a ritenere sufficiente la dimostrazione che il beneficiario esercita un'attività economica e che opera su un mercato in cui esistono scambi commerciali fra Stati membri ed addirittura, anche ad ipotesi nelle quali il beneficiario operava esclusivamente su un mercato interno allo Stato membro, in quanto il rafforzamento della produzione destinata al solo mercato interno era atto a determinare una maggiore difficoltà di penetrazione del mercato nazionale da parte delle imprese operanti in altri Stati membri (Cfr., ad esempio Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 1988, *Francia c. Commissione* causa C-102/87).

³⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenze: 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*, detta «*Tubemeuse*», Racc. pag. I-959, punto 25; 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, Racc. pag. I-4103, punto 20, e 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, Racc. pag. I-4397, punto 68.

³¹ Corte di Giustizia, sentenza 1974, *Italia c. Commissione* (causa C-173/73), in Racc. p.709.

membri nella gestione dei *servizi pubblici* e la disciplina comunitaria della concorrenza³².

La prima pronuncia che, sul finire degli anni '70, aveva avuto modo di affrontare la relazione tra gli articoli 87 ed 86, para 2 del Trattato non aveva certo contribuito a delineare con chiarezza i contorni di tale rapporto.

La laconica affermazione della Corte nella sentenza *Steinike* del 1977³³, dove si dichiara che «l'art. [87] del Trattato riguarda il complesso delle imprese, private o pubbliche, ed il complesso delle produzioni delle suddette imprese, con la sola riserva di cui all'art. [86, para .2]», aveva, infatti, generato una notevole ambiguità in ordine al significato da attribuire a tale relazione.

Essa, infatti, poteva essere intesa sia nel senso di ritenere che l'articolo 87 come regola generale si applicava a tutte le imprese eccettuate quelle incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, prevedendo per esse una sorta di disciplina speciale; oppure che il divieto previsto dall'articolo 87 si applicava indifferentemente a tutte le imprese pubbliche e private e che la previsione di cui all'articolo 86, para 2 costituiva un'ulteriore ed aggiuntiva ipotesi di deroga rispetto a quelle enucleate nei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 87 del Trattato³⁴.

Un prima, parziale, breccia nell'orientamento propenso all'automatica riconduzione delle compensazioni alla nozione di «aiuto di Stato», si apre con la sentenza *ADBHU* del 1985 in cui la Corte di Giustizia affermò che le compensazioni accordate alle imprese per l'attività di raccolta e smaltimento degli oli usati disciplinata dalla Direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, n.75/439³⁵, dovevano considerarsi al di fuori del divieto di cui all'articolo 87, para 1. Ad avviso dei giudici, infatti, le misure d'ausilio accordate alle imprese costituivano delle *mere compensazioni* per lo svolgimento di servizi di interesse generale³⁶.

La peculiarità che contraddistingueva la decisione *ADBHU*, avente ad oggetto misure compensative *accordate a livello nazionale*, ma in contropartita di un *obbligo di servizio pubblico la cui imposizione era espressamente consentita* dalla Direttiva 75/439/CEE in tema raccolta e smaltimento di oli usati per la

³² Così espressamente CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, cit.

³³ Corte di Giustizia, sentenza 22 marzo 1977, in causa C-78/76 *Steinike und Weiling c. Commissione*, para. 18.

³⁴ Radicalmente diverse sarebbero state le conseguenze nelle due ricostruzioni. Aderendo alla prima, si riconosceva ai giudici nazionali eventualmente investiti di una questione concernente il finanziamento di un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale, il compito di pronunciarsi sulla possibilità di riconoscere o meno ai servizi prestati da tale impresa la qualifica di servizi di interesse economico generale e di verificare se la misura finanziaria statale poteva considerarsi "indispensabile" alla loro prestazione e, di conseguenza, *dichiararla giustificata*. Di converso, aderendo alla seconda impostazione, la disciplina applicabile sarebbe stata quella ordinariamente prevista per tutti i casi di «aiuto di Stato» con la necessaria notifica preventiva dell'aiuto alla Commissione e obbligo di *stand-still* da parte delle autorità nazionali.

³⁵ Cfr. Direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/439 riguardante l'eliminazione degli oli usati in GUCE L 194, pag. 31.

³⁶ Corte di Giustizia, sentenza *ADBHU* in causa C-240/83, in Racc. 1985, pag. 531. para 19.

protezione della salute, non ha favorito il consolidamento dell'approccio *compensativo* nella successiva giurisprudenza comunitaria.

Ciononostante, la Commissione ha mantenuto una sostanziale aderenza alla posizione espressa dalla Corte in *ADBHU* ritenendo, a più riprese, che i trasferimenti finanziari effettuati dagli Stati membri in favore di *imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale* in funzione compensativa dei costi aggiuntivi connessi all'assolvimento della specifica missione di servizio pubblico affidata, non costituissero «aiuti di Stato»³⁷.

Il contesto nel quale l'azione della Commissione andava a svilupparsi era, però, lungi dall'essere consolidato. L'approccio tenuto dalla Commissione sulla qualificazione delle compensazioni per obbligo di servizio pubblico è stato, infatti, oggetto di riconsiderazione a seguito del *più restrittivo orientamento* espresso dal Tribunale di Primo Grado nei casi *FFSA*³⁸ e *SIC*³⁹,

³⁷ Si veda al riguardo la posizione espressa dalla Commissione sia nella *Relazione sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato legati ai servizi d'interesse economico generale* (Bruxelles, 5.6.2002 COM(2002) 280 definitivo) che nel cd. *Non paper sui servizi di interesse economico generale* del 12 novembre 2002, rispettivamente paragrafi 3 e 5. La Commissione segue l'approccio *compensativo* oltre che in relazione alle decisioni da essa assunte negli specifici casi sottoposti al suo apprezzamento, anche in atti di orientamento generale come le *Linee Guida sugli aiuti di stato nel trasporto marittimo* (in GUCE 5 luglio 1997, Serie C, n. 205 paragrafo 9) o le *Linee Guida sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato agli aiuti di stato nel settore aereo* (in GUCE 10 dicembre 1994, Serie C, n. 350, paragrafo 18). Da rilevare però, tale posizione era basata sul presupposto che il fornitore del servizio fosse stato scelto sulla base di una procedura di aggiudicazione pubblica capace di assicurare che il compito di assolvere agli obblighi di servizio pubblico era stato affidato al miglior offerente.

³⁸ Tribunale di Primo Grado, sentenza 1997, *Fédération Française des sociétés d'assurances (FFSA) ed. al. c. Commissione*, in causa T 106/97. In tale vicenda, il Tribunale di Primo Grado venne chiamato ad esprimersi su un ricorso presentato contro una Decisione della Commissione (cfr. Decisione della Commissione 8 Febbraio 1995, Aiuto di Stato nn. 135/92, in GUCE C 262 del 1995) che aveva negato la qualificazione di «aiuto di Stato» alle agevolazioni fiscali concesse dallo Stato francese all'impresa incaricata della gestione del servizio di interesse generale nel settore postale (*La Poste*) ritenendole necessarie e proporzionate all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico ad essa incombenti. I giudici non condivisero l'operato della Commissione affermando che «... il fatto che le autorità pubbliche concedano ad un'impresa un vantaggio finanziario per compensare il costo degli obblighi di servizio pubblico asseritamente assunti dalla detta impresa, non incide sulla qualificazione di tale misura come aiuto ai sensi dell'art. 87, paragrafo 1, del Trattato». Tale elemento, infatti, può essere tenuto in considerazione nell'esaminare la compatibilità dell'aiuto in questione con il mercato comune, ai sensi dell'art. 86, paragrafo 2, del Trattato, di modo che «la corresponsione di un aiuto di Stato può, sfuggire al divieto di cui all'art. 87 del medesimo Trattato, a condizione che l'aiuto...miri solo a compensare il costo supplementare generato dall'adempimento della missione particolare incombente all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale e che la concessione dell'aiuto si riveli necessaria affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico ad essa imposti in condizioni di equilibrio economico» (para 168-172).

³⁹ Tribunale di Primo Grado, *Sociedade Independente de Communicacao (SIC) v. Commissione*, in causa T-46/97, Racc. 2000, pag. II-2125, relativa al finanziamento dei canali pubblici della televisione portoghese, dove il Tribunale ricorda altresì come «l'art. 92, n. 1, del Trattato non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti». Pertanto, «la nozione di aiuto è una nozione obiettiva

cui aderì, nella sostanza anche la Corte di Giustizia nel respingere il ricorso contro la stessa sentenza *FFSA*⁴⁰.

In base a tale orientamento giurisprudenziale, la *finalità compensativa* della misura d'ausilio statale *non aveva rilievo* sulla relativa *qualificazione* in base all'articolo 87, para 1 del TCE.

L'eventuale *ammissibilità* dell'intervento dello Stato doveva, dunque essere valutata in riferimento alla *deroga* ex articolo 86, para 2, da decretare nell'ambito del sistema di controllo degli aiuti di stato fondato sull'obbligo di notifica preventiva e sulla necessaria autorizzazione della Commissione.

Al riguardo, viene in rilievo anche la pronuncia *Banco Exterior de Espana*, nella quale si afferma che pure gli aiuti concessi ad imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale rientrano nell'ambito della disciplina del Trattato sugli «aiuti Stato». Ne consegue quindi che anche ad essi si applica la distinzione tra «nuovi aiuti» ed «aiuti esistenti» e l'obbligo di notifica preventiva alla Commissione, la cui eventuale violazione determinava le conseguenze previste per i casi di illegittima erogazione⁴¹.

Nella medesima prospettiva si colloca anche la successiva sentenza *CELF* nella quale la Corte ha riaffermato che l'articolo 86, para 2 del Trattato non consente di derogare all'applicazione dell'articolo 88, para 3, e che anche alle misure d'ausilio statale compensative di obblighi di servizio pubblico si applica l'obbligo di notifica preventiva cui si associa l'obbligo di astenersi dal dar corso all'attuazione dell'aiuto fino al positivo pronunciamento della Commissione⁴².

e funzione soltanto della questione se una misura statale conferisca o meno un vantaggio ad una o a talune imprese» (para 84).

⁴⁰ Cfr. Corte di Giustizia, Ordinanza del 25 marzo 1998 in causa C 174/97, in cui la Corte di Giustizia, riprese le argomentazioni del Tribunale di Primo Grado affermando che l'erogazione di aiuti di Stato può sfuggire al divieto stabilito dall'articolo 87 para 1 del Trattato in base alla deroga prevista dall'articolo 86 para 2 nel caso in cui essa «*miri solo a compensare il costo supplementare generato dall'adempimento della missione particolare incombente a un'impresa incaricata della gestione di un servizio d'interesse economico generale e la sua concessione si riveli necessaria affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico ad essa imposti in condizioni di equilibrio economico*». La Corte ha altresì aggiunto che «*Nell'ipotesi di un'agevolazione fiscale a favore di un'impresa incaricata di missioni di servizio pubblico, la quale eserciti nel contempo attività in settori concorrenziali, le prescrizioni stabilite dall'art. 86, para 2, del Trattato non possono essere ignorate quando si accerti che la possibilità di una sovvenzione incrociata è esclusa finché l'importo dell'aiuto di cui trattasi resti inferiore al costo supplementare generato dall'adempimento della missione particolare ai sensi della suddetta disposizione, vale a dire quando sia stata posta la condizione che l'agevolazione fiscale non sia superiore al costo supplementare del servizio pubblico*». Su tale pronuncia, si veda ALEXIS A, *Services publics et aides d'Etat. Evolution récente de la jurisprudence*, in Rev. Du Droit de l'Union Européenne, 1/2002, p. 63, il quale ha osservato come la Corte di Giustizia nel confermare la pronuncia del Tribunale di Primo Grado non si sia occupata espressamente della questione relativa alla qualificazione delle misure compensative per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico.

⁴¹ Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in Racc. pag. I-877.

⁴² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 giugno 2000, in causa C-332/98, *Francia c. Commissione, CELF*, in Racc. I, p. 4833. Durante lo svolgimento della causa il Governo francese aveva avanzato la possibilità di assoggettare gli «aiuti di Stato» che rientrano

4. La *Ferring* e la sua metabolizzazione dottrिनaria.

Agli inizi degli anni 2000, dunque, l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul rapporto tra disciplina sugli «aiuti di Stato» e finanziamento dei servizi di interesse economico generale, aveva trovato un suo punto equilibrio nella *qualificazione* delle compensazioni per obblighi di servizi pubblico come «aiuti di Stato» e nella riconduzione del relativo *controllo* sotto l'*esclusiva competenza* della *Commissione* secondo le previsioni dettata dall'ordinaria disciplina dettata dagli articoli 87– 89 del TCE.

In costanza di tale orientamento giurisprudenziale, la Commissione ha presentato al Consiglio europeo di *Laeken* una *Relazione sui servizi di interesse generale*, nella quale si proponevano una serie di iniziative per migliorare la certezza giuridica nel campo del finanziamento dei servizi di interesse generale⁴³.

Sul punto l'Esecutivo comunitario proponeva di sviluppare un approccio in due fasi: nella prima, si impegnava a definire «in stretta consultazione con gli Stati membri» un *quadro comunitario* per gli aiuti di Stato concessi alle imprese incaricate della fornitura di servizi di interesse economico generale⁴⁴; nella seconda ed eventuale fase, invece, si prefigurava l'adozione di un *Regolamento di esenzione* per taluni aiuti nell'ambito dei servizi di interesse economico generale in modo da esentarli dall'obbligo di notifica preventiva.

Mentre la Commissione lavorava alla definizione del *quadro comunitario*, per gli «aiuti di Stato» concessi alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, la Corte di Giustizia era stata sollecitata ad esprimersi su una questione pregiudiziale relativa all'asimmetrica imposizione di un contributo fiscale istituito dalle autorità francesi sulle vendite di medicinali effettuate dai laboratori farmaceutici. Secondo le autorità francesi, tale contributo era finalizzato a riequilibrare le condizioni di concorrenza tra tali soggetti ed i distributori grossisti i quali erano gravati, diversamente dai laboratori farmaceutici, di un onere di servizio pubblico consistente nell'obbligo di disporre di un assortimento di

nell'ambito di applicazione della deroga di cui all'articolo 86, para 2 ad uno «specifico trattamento in materia procedurale». In base a tale proposta in relazione al finanziamento degli obblighi di servizio pubblico avrebbe dovuto prevedersi un sistema che, pur mantenendo fermo l'obbligo di notifica alla Commissione, escludesse l'obbligo di sospensione provvisoria che risulta dall'art. 88, n. 3, del Trattato nel caso in cui «tale sospensione poteva ostacolare all'espletamento del compito di servizio pubblico».

⁴³ Cfr. Commissione CE, *Relazione al Consiglio europeo di Laeken sui Servizi di interesse generale* (Com (2001) 598 def.).

⁴⁴ Duplice era l'obiettivo di questo *quadro*: definire le condizioni alle quali la Commissione avrebbe autorizzato gli aiuti di Stato in funzione compensativa e specificare «in particolare le condizioni di autorizzazione dei programmi di aiuti Stato» di finanziamento dei servizi di interesse generale, in modo da attenuare in modo significativo l'onere di notifica delle singole misure di attuazione/erogazione delle compensazioni.

medicinali sufficiente ad assicurare, entro un certo termine, la relativa consegna nel territorio di propria competenza⁴⁵.

Nella pronuncia la Corte di Giustizia ha operato un completo *revirement* della precedente giurisprudenza, affermando che le misure d'ausilio che si «limitavano a compensare gli extracosti connessi all'adempimento di obblighi di servizio pubblico», non dovevano essere qualificate come «aiuti di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1, e quindi non erano soggette all'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 88, para 3.

Secondo i giudici, infatti, nella misura in cui il contributo sulle vendite dirette imposto ai laboratori farmaceutici poteva ritenersi corrispondente ai costi aggiuntivi effettivamente sostenuti dai grossisti distributori per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico loro imposti dalla regolamentazione nazionale, il mancato assoggettamento di questi ultimi a detto contributo doveva essere considerato «*la contropartita delle prestazioni effettuate e, pertanto, una misura che non configura un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, para 1 del Trattato*»⁴⁶.

In altri termini, dunque, la pronuncia affermava il principio in virtù del quale quando è soddisfatta la *condizione di equivalenza* tra l'esonero concesso e i costi aggiuntivi sopportati per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, l'intervento statale non attribuisce alcun «*reale vantaggio*» ai grossisti distributori, avendo come unico effetto quello di mettere questi ultimi e i laboratori farmaceutici «in condizioni di concorrenza comparabili».

La sentenza *Ferring* ha sollevato un acceso dibattito, che ha interessato e diviso anche gli Avvocati Generali della Corte di Giustizia chiamati ad esprimere il proprio punto di vista sulla qualificazione delle compensazioni per obbligo di servizio pubblico nell'ambito di cause pendenti (cause *Gemo* ed

⁴⁵ Gli obblighi di servizio pubblico erano, infatti, imposti ai soli grossisti distributori e non si applicavano ai laboratori farmaceutici che potevano commercializzare i propri prodotti sia direttamente ed in via autonoma (attraverso una divisione interna o una filiale) ovvero tramite appositi mandatori.

⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 novembre 2001, in causa C-53/00 *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*. Tale conclusione è stata raggiunta sulla base dell'analisi della misura controversa svolta in due fasi. Nella prima, risolta positivamente, si è valutato se l'esenzione fiscale presentasse le quattro condizioni cumulative integranti la nozione di «aiuto di Stato», nell'eventualità in cui ai grossisti non fosse stato imposto alcun obbligo di servizio pubblico. Al riguardo, la Corte ha, infatti, rilevato che il contributo controverso «poteva» soddisfare le quattro condizioni previste all'art. 87, n. 1. Le autorità francesi avevano conferito un vantaggio economico atto a rafforzare la posizione concorrenziale dei grossisti distributori in quanto, negli anni successivi all'introduzione del contributo, «non solo si è interrotta la crescita registrata dalle vendite dirette [dei laboratori farmaceutici] negli anni immediatamente precedenti, ma la tendenza si è addirittura invertita in quanto vi è stato un recupero di quote di mercato da parte dei grossisti distributori». Inoltre «non vi [era] dubbio che una misura quale il contributo sulle vendite dirette [potesse] influenzare le correnti di scambi tra [gli Stati membri]». Nella seconda parte del ragionamento, la Corte si è posta la questione se la natura di «aiuto di Stato» di tale regime non dovesse essere «esclusa in ragione degli specifici obblighi di servizio pubblico imposti ai grossisti distributori dal sistema francese di approvvigionamento delle farmacie in medicinali» (para 23). Sulla vicenda, si vedano anche le Conclusioni dell'AG A. Tizzano, presentate 8 maggio 2001, in Causa C-53/00 *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*.

Altmark)⁴⁷ aventi ad oggetto problematiche analoghe a quelle che erano state affrontate nella vicenda dell'esenzione fiscale concessa dallo Stato francese ai grossisti distributori di farmaci⁴⁸.

Tra le reazioni a *Ferring*, molto critiche sono state le osservazioni formulate dall'AG Legér nelle sue Conclusioni nella causa *Altmark* nelle quali si è espressamente affermato che l'orientamento *Ferring* «stravolgeva la struttura e l'economia delle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato»⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. le Conclusioni dell'AG Legér nella causa *Altmark Trans*, C-280/00, presentate il 19 marzo 2002 e le Conclusioni dell'AG Jacobs nella causa *Gemo*, C126/01 presentate il 30 aprile 2002.

⁴⁸ La sentenza *Ferring* è stata oggetto di diverse critiche che si sono appuntate tanto su profili di carattere sostanziale quanto su aspetti di ordine procedurale. In primo luogo, è stata rilevata la particolare complessità della valutazione necessaria ai fini della determinazione della condizione di equivalenza tra misure d'ausilio ed extra-costi sostenuti. Considerata l'esistenza di diverse modalità di finanziamento degli obblighi di servizio pubblico che, in concreto, possono essere utilizzate anche in modo combinato, la verifica della condizione di equivalenza dovrebbe essere effettuata tenendo in considerazione il loro effetto congiunto. Inoltre, l'esistenza di diversi metodi di imputazione dei costi, così come l'oggettiva difficoltà di quantificazione del "valore di mercato" da attribuire ai servizi di interesse generale rendeva difficile la corretta individuazione degli extra-costi connessi alla relativa prestazione. Infine, differenti funzioni di costo fissi e variabili proprie di diverse imprese potevano determinare che la stessa misura d'ausilio in un caso costituisse un «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1 e nell'altro una legittima compensazione, con conseguenti rischi di rottura dell'uniforme applicazione del diritto comunitario. Dal punto di vista applicativo, poi, la sentenza *Ferring* non forniva indicazioni utili ad assicurare che i costi di cui si invocava la compensazione fossero stati effettivamente sostenuti e/o che ciò fosse stato fatto in misura proporzionata alla prestazione dei servizi resi, soprattutto in riferimento a quelle attività e servizi per i quali non vi era nella disciplina di settore una definizione comunitaria di obblighi di servizio pubblico. Sui problemi aperti dalla pronuncia *Ferring* si vedano: NICOLAIDES P., *The Distortive Effects of Compulsatory Aid Measures: A Note on the Economics of the "Ferring" Judgment*, *European Competition Law Review*, 2002, 6, Vol. 23, pp. 313-319M; DENGLER P., *"Arrêt Ferring"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n.4, 2001, p.1001. Più in generale, sul tema del rapporto tra servizi di interesse economico generale, concorrenza e disciplina degli aiuti di Stato NICOLAIDES P., *Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law*, *European State Aid Law Quarterly*, 2003, 2; ALEXIS A., *La Commission contribue à plus de sécurité juridique pour le financement des Services d'Intérêt économique général*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 1, 2002, p. 83; ALEXIS A., *"Services publics et aides d'Etat : évolution récente de la jurisprudence"*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1, 2002, pp. 63-107; PINOTTI C., *Costo dei servizi universali e aiuti di Stato tra giurisprudenza comunitaria e iniziative della Commissione: ovvero problemi veri e meno veri aspettando la sentenza Altmark*, in *Contr. Stato Enti Pubblici*, 2002, p. 393; RAPP-JUNG B., *"State Financing of Public Services – The Commission's New Approach"*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2004, pp. 205-215.

⁴⁹ Cfr. Conclusioni dell'AG Legér nella causa *Altmark Trans*, C-280/00, presentate il 19 marzo 2002, enfasi aggiunta. L'accesso dibattito sollevato dalla pronuncia *Ferring* ha condotto la Corte di Giustizia a riaprire la fase orale della causa *Altmark* (ordinanza 18 giugno 2002), conclusasi prima della pronuncia *Ferring*, in considerazione del fatto che tale pronunciamento potesse in qualche modo incidere sulle posizioni espresse nell'udienza. L'AG Legér ha presentato le sue seconde Conclusioni, il 14 gennaio 2003. Ad avviso dell'Avvocato Generale, infatti, la pronuncia poneva tre ordini di problemi rispetto alle disposizioni del Trattato: 1) in primo luogo, confondeva due questioni giuridicamente distinte: quella attinente alla qualificazione della misura come aiuto di Stato con quella concernente la giustificazione dell'intervento statale; 2) secondariamente, l'approccio seguito dalla Corte aveva l'effetto di privare l'articolo 86, para 2 del Trattato di gran parte della sua utilità; 3) infine, il consolidarsi dell'orientamento della Corte rischiava di determinare la sottrazione delle misure di

In particolare, l'AG Legér rilevava come la posizione assunta dalla Corte nella sentenza *Ferring* finiva per *privare di utilità* la *deroga* prevista dall'articolo 86, para 2 del Trattato.

Tale obiezione si fondava sulla considerazione che quando l'ausilio finanziario concesso da uno Stato membro era commisurato/proporzionato (id est. *inferiore o uguale*) agli extra-costi sostenuti per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico esso non era qualificabile come «aiuto di Stato» e quindi rendeva non necessario il ricorso alla deroga di cui all'articolo 86, para 2.

Di converso, quando l'ausilio finanziario era superiore agli extra-costi connessi all'adempimento del servizio pubblico, la *parte eccedente*, dando luogo ad una *sovra-compensazione*, doveva essere comunque ritenuta *non necessaria* alla prestazione del servizio di interesse economico generale ed al di fuori della copertura fornita dall'articolo 86, para 2 del TCE⁵⁰.

Il sistema di valutazione che veniva a delinearsi era inoltre notevolmente *più flessibile* rispetto a quello seguito per l'applicazione della previsione derogatoria in relazione alla disciplina sulla concorrenza⁵¹.

L'articolo 86, para 2, prevede, infatti, un'*eccezione alle regole di concorrenza condizionata* alla sussistenza di molteplici requisiti: l'impresa interessata deve essere stata espressamente incaricata della gestione di un servizio d'interesse economico generale mediante un atto espresso della pubblica autorità⁵²; le attività esercitate dall'impresa devono costituire effettivamente una missione di servizio pubblico nel senso di presentare «un interesse economico generale avente «caratteri specifici rispetto a quello di altre attività della vita economica»⁵³; l'applicazione delle regole del Trattato

finanziamento delle imprese che gestivano servizi pubblici al controllo operato dalla Commissione. Relativamente alla qualificazione di una misura come aiuto di Stato, veniva ricordato come la costante giurisprudenza della Corte avesse sempre affermato che l'art. 87, n. 1, non distingueva gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma esclusivamente in funzione dei loro effetti (Cfr. Corte di Giustizia, sentenze *Italia/Commissione*, citata (punto 27); 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil/Commissione* (Racc. pag. 901, punto 8); 29 febbraio 1996, causa C-56/93, *Belgio/Commissione* (Racc. pag. I-723, punto 79), e 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia/Commissione*, detta «*Kimberly Clark*» (Racc. pag. I-4551, punto 20), considerando quindi irrilevanti il carattere fiscale (Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Italia/Commissione*, cit., para 28), la finalità sociale (Cfr. Corte di Giustizia, 5 ottobre 1999, causa C-251/97, *Francia/Commissione* (Racc. pag. I-6639, punto 37).), o gli obiettivi generali (Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Deufil/Commissione*, cit, para 8), perseguiti dalla misura controversa ai fini della relativa qualificazione. L'eventuale meritevole apprezzamento delle motivazioni giustificatrici della misura poteva, infatti, venire in rilievo solo ed esclusivamente nell'ulteriore fase della verifica della sussistenza delle condizioni legittimanti le disposizioni derogatorie del Trattato.

⁵⁰ In altri termini, nel primo caso – ausilio proporzionato agli extra-costi – l'articolo 86, n. 2 *non sarà applicabile* poiché la misura controversa non ricade nel divieto di cui all'articolo 87, para 1; nel secondo caso – ausilio superiore agli extra-costi – l'articolo 86, para 2 *non sarà del pari applicabile*, questa volta in ragione del fatto che l'intervento statale eccede i limiti della deroga prevista da tale articolo.

⁵¹ Cfr. AG Legér nelle Conclusioni nella causa *Altmark*, para 87- 89.

⁵² Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 21 marzo 1974, causa 127/73, *BRT e SABAM*, detta «*BRT-II*» (Racc. pag. 313, punto 20), e 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro* (Racc. pag. 803, punto 55).

⁵³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova* (Racc. pag. I-5889, punto 27); 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link*

deve pregiudicare l'adempimento della missione particolare dell'impresa; la missione specifica dell'impresa non può essere assolta mediante misure meno restrittive della concorrenza⁵⁴; la misura controversa non deve incidere sugli scambi intracomunitari in modo contrario agli interessi della Comunità⁵⁵.

Evidenti erano dunque le differenze tra i due sistemi: l'approccio *Ferring*, infatti, non consentiva di verificare se gli obblighi imposti alle imprese erano definiti in modo sufficientemente preciso, se presentavano un nesso sufficiente con l'oggetto del servizio di interesse generale, se erano volti direttamente a contribuire alla soddisfazione di tale interesse e potevano considerarsi specifici delle imprese interessate. Inoltre, la *condizione di equivalenza* tra extracosti sostenuti e sussidio erogato non poteva ritenersi comparabile alla previsione secondo cui l'applicazione delle regole del Trattato era idonea a compromettere l'assolvimento della missione da parte dell'impresa ed al criterio di proporzionalità di cui all'art. 86, para 2⁵⁶.

Ed ancora, la sentenza *Ferring*, non consentiva di prendere in considerazione l'incidenza della misura compensativa «sugli scambi intracomunitari», depotenziando l'azione di controllo della Commissione volta a garantire che, anche in caso di deroga all'applicazione delle norme sulla concorrenza, non ne derivasse un contrasto con l'«interesse della Comunità»⁵⁷.

A tali perplessità si aggiungeva, inoltre, il rischio che il rilassamento dei vincoli procedurali conseguenti all'*approccio compensativo*, potesse rappresentare un ulteriore incentivo a non notificare misure d'ausilio potenzialmente distorsive in un sistema nel quale era scarsa l'efficacia delle misure deterrenti alla violazione della disciplina sugli aiuti di Stato⁵⁸.

(Racc. pag. I-4449, punti 52 e 53), e 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France* (Racc. pag. I-3949, punto 45).

⁵⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau* (Racc. pag. I-2533, punto 14), e 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo* (Racc. pag. I-1477, punto 49).

⁵⁵ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Rozès nella causa *Commissione/Italia* (sentenza 7 giugno 1983, causa 78/82, Racc. pag. 1955, paragrafo VI-C), e dell'avvocato generale Cosmas nelle cause *Commissione/Paesi Bassi* (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-157/94, Racc. pag. I-5699), *Commissione/Italia* (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-158/94, Racc. pag. I-5789), *Commissione/Francia* (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Racc. pag. I-5815), e *Commissione/Spagna* (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-160/94, Racc. pag. I-5851) (paragrafo 126).

⁵⁶ In tale sistema, inoltre, più ampio era il coinvolgimento dei giudici nazionali nell'applicazione della disciplina sugli «aiuti di Stato» al finanziamento dei servizi di interesse generale. Essi, infatti, per determinare se sussista o meno un «aiuto di Stato» dovevano limitarsi a verificare solamente la sussistenza di due condizioni: la presenza di obblighi di servizio pubblico imposti all'impresa beneficiaria e la non eccedenza della compensazione rispetto ai costi derivanti dagli obblighi di servizio pubblico.

⁵⁷ Cfr. ad esempio la Decisione della Commissione 25 luglio 2001, 2001/892/CE, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE (COMP/C-1/36.915 - *Deutsche Post AG - Intercettazione di posta transfrontaliera*), in GUCE L 331, p. 40, punto 186.

⁵⁸ Al riguardo, può rilevarsi come dato il diverso ruolo svolto dal giudice nazionale rispetto a quello delle Istituzioni comunitarie nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, il sistema è strutturato in modo tale che vi siano pochi strumenti ai quali far ricorso per cercare di mitigare gli effetti negativi derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di notifica. Tra questi è possibile annoverare l'azione intentata da un soggetto pregiudicato dalle misure d'ausilio, concesse all'impresa incaricata della gestione di un SIEG volte ad ottenere il risarcimento dei danni. Sul private enforcement della disciplina sugli aiuti di Stato si veda il

Riassumendo il discorso sin qui svolto, può dunque ricordarsi che la giurisprudenza comunitaria che ha tentato di definire un equilibrato bilanciamento tra le esigenze, in potenziale conflitto, dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di «aiuti di Stato» e della previsione di forme di sostegno pubblico alla prestazione di determinati servizi ritenuti di interesse generale, ha dato luogo a due orientamenti in ordine alla *qualificazione giuridica* delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico.

Una prima impostazione è quella del cd. «approccio aiuto di Stato». In base a tale ricostruzione, le misure di ausilio statale devono essere qualificate come «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1 del Trattato.

La giustificazione/compatibilità di un aiuto di Stato erogato in funzione compensativa per obblighi di servizio pubblico è subordinata al rispetto delle condizioni richiamate dalla deroga di cui all'articolo 86, para. 2, che richiede coerenza tra il meccanismo (e l'ammontare) del finanziamento e l'adempimento della missione affidata all'impresa incaricata della gestione del servizio di interesse economico generale ed il rispetto del principio di proporzionalità nell'erogazione della misura⁵⁹.

Un secondo approccio è il cd. «criterio della compensazione» in base al quale le misure d'ausilio accordate dallo Stato alle imprese gravate da obblighi di servizio pubblico che rispettano la *condizione di equivalenza* ai costi sostenuti per l'assolvimento di tali obblighi, non devono essere qualificate come «aiuto di Stato».

La scelta dell'uno o dell'altro approccio ha importanti conseguenze di ordine pratico. Infatti, se pure è vero che dal punto di vista sostanziale la questione centrale resta sempre quella di verificare la *congruità* del finanziamento statale alla copertura dei costi supplementari determinati dagli obblighi di servizio pubblico, le implicazioni procedurali sono molto diverse.

Accogliendo il «criterio della compensazione», la misura statale compensativa che non eccede gli extra-costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico deve considerarsi *al di fuori* dell'ambito di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato e quindi non soggetta all'obbligo di notifica e controllo da parte della Commissione.

In aderenza al criterio dell'«aiuto di Stato», invece, la stessa misura, in quanto qualificata come «aiuto di Stato», deve essere preventivamente notificata alla Commissione ai sensi dell'art. 88, para 3 del Trattato. Inoltre, in base alla giurisprudenza comunitaria (sentenze *Banco Exterior de España* e *Francia/Commissione cd. CELF*) la valutazione delle condizioni di applicabilità della deroga di cui all'articolo 86, para 2, deve considerarsi soggetta allo stesso regime procedurale previsto per le altre ipotesi di deroga

Rapporto sul Enforcement of State Aid Law at National Level, in cui si rileva che il numero dei procedimenti avviati a livello nazionale dai privati ha ancora una ruolo limitato e quasi marginale. (Commissione, *Rapporto on Enforcement of State Aid Law at National Level*, coordinato da JESTAEDT T, DERENNE J., OTTERVANGER L., marzo 2006, reperibile sul sito internet della DG Competition all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm.

⁵⁹ Tale approccio è stato seguito dal Tribunale di primo grado nelle sentenze *FFSA*, *cit.* e *SIC*, *cit.*, e dall'Avvocato Generale Legér nelle Conclusioni presentate nella vicenda *Altmark Trans*, *cit.*

al divieto di «aiuti di Stato». Ne deriva che non si può dare attuazione ai «nuovi aiuti» sino a quando la Commissione non li abbia dichiarati compatibili con l'art. 86, para 2, del Trattato e le misure che violano l'obbligo di sospensione costituiscono aiuti illegali.

In coerenza con tale ricostruzione, ai giudici nazionali spetta il compito di «assicurare agli amministrati che saranno tratte tutte le conseguenze» della violazione dell'art. 88, n. 3, ultima frase, CE, «sia per quanto concerne la validità degli atti di esecuzione, sia per quanto concerne il recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale norma o (...) eventuali misure provvisorie»⁶⁰.

Un ulteriore e diverso inquadramento del rapporto tra disciplina degli aiuti di Stato e finanziamento degli obblighi di servizio pubblico, che in un certo senso può definirsi mediano tra i due approcci in precedenza analizzati, è quello definito «*quid pro quo*» secondo la formulazione effettuata dall'AG Jacobs nelle Conclusioni presentate nella causa *Gemo*⁶¹.

Nella sostanza, tale posizione, partendo dall'assunto che né il criterio «compensazione» né quello dell'«aiuto di Stato» rappresentavano una soluzione ideale da applicare indifferentemente a tutte le ipotesi di compensazione per obblighi di servizio pubblico, ha proposto di effettuare una distinzione tra due diverse categorie di casi individuabili in relazione alla *natura del rapporto* tra il finanziamento concesso e gli obblighi d'interesse generale imposti ed al *grado di chiarezza* con il quale sono definiti gli obblighi di servizio pubblico.

In base a tale impostazione, l'aspetto fondamentale da valutare ai fini della *qualificazione* di una misura di ausilio statale quale «aiuto di Stato», consiste nel verificare l'esistenza di un «*legame diretto e palese*» tra gli obblighi di servizio pubblico imposti all'impresa ed il finanziamento concesso⁶².

⁶⁰ Sentenza 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.* (Racc. pag. I-3547, punto 40).

⁶¹ Cfr. Conclusioni dell'AG Jacobs, presentate il 30 aprile 2002, nella causa C-126/01, *GEMO*, relativa ad una tassa sull'acquisto di carne applicata ai supermercati, ma non ai piccoli rivenditori di carne. Il ricavo della tassa era destinato al finanziamento del servizio – ritenuto *pubblico* – di raccolta e smaltimento di carcasse e residui della macellazione, che veniva svolto gratuitamente in favore di allevatori e macellatori da parte di imprese private remunerate dallo Stato per tali attività sulla base di contratti aggiudicati tramite procedure competitive.

⁶² Quando il sistema di finanziamento soddisfa l'esigenza di *trasparenza*, tanto relativamente alla puntuale individuazione degli obblighi di servizio pubblico, quanto al legame tra questi e le risorse pubbliche concesse, è opportuno seguire la sentenza *Ferring* ed escludere tali misure dall'ambito della nozione di «aiuto di Stato». Di contro, quando tale condizione non è soddisfatta, la misura d'ausilio statale deve essere qualificata come «aiuto di Stato» e, dal punto di vista procedurale, si deve fare riferimento all'impostazione seguita dalla Corte nelle pronunce *Banco Exterior* e *CELF*. Cfr. Conclusioni dell'AG F.G. Jacobs, 30 aprile 2002, in causa C-126/01, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contro GEMO SA*, in particolare para 117-120 dove si afferma che «...Conformemente alla distinzione proposta, la prima categoria comprenderebbe i casi in cui le misure di finanziamento sono manifestamente intese come un *do ut des* per obblighi d'interesse generale chiaramente definiti, o, in altre parole, nei casi in cui il nesso tra, da un lato, il finanziamento statale concesso e, dall'altro, l'imposizione di obblighi d'interesse generale chiaramente definiti è «diretto e palese». I casi che rientrano in tale categoria «...andrebbero analizzati in base al criterio della compensazione...». La seconda categoria comprende i casi in cui non è subito chiaro se il finanziamento statale sia inteso come un *do ut des* per obblighi d'interesse generale chiaramente definiti. In tali casi, il nesso tra il finanziamento statale e gli obblighi d'interesse

La proposta avanzata dall'AG Jacobs, non è risultata immune da diversi rilievi critici che ne hanno riscontrato la difficile conciliabilità con la consolidata giurisprudenza sulla qualificazione di una misura statale come «aiuto di Stato», nonché rilevato il modesto contributo apportato alla necessità di garantire un sufficiente grado di certezza del diritto nel finanziamento dei servizi di interesse generale⁶³.

Se è vero, infatti, che la flessibilità dell'approccio proposto dall'AG Jacobs poteva garantirne possibilità di adattamento ad un'ampia gamma di situazioni⁶⁴, era altresì concreto il rischio che la difficile individuazione delle ipotesi in relazione alle quali poteva ritenersi sussistente il «nesso diretto e palese» – pacificamente riconosciuto solo nel caso di un contratto di servizio pubblico stipulato in esito ad una gara d'appalto – poteva trasformarsi in vaghezza del principale criterio sotteso all'approccio *quid pro quo*⁶⁵.

generale imposti o non è diretto né palese, ovvero gli obblighi d'interesse generale non sono chiaramente definiti».

⁶³ Cfr. al riguardo le Conclusioni dell'AG Legér, nelle Conclusioni presentate il 13 gennaio 2003, nella causa *Altmark*, cit. in cui si osserva come la necessità di verificare l'esistenza di un «nesso diretto e palese» tra le risorse statali e gli obblighi di servizio pubblico, equivalga, in pratica, a richiedere l'esistenza di un contratto di servizio pubblico stipulato in esito ad una gara d'appalto pubblica, mentre l'accertamento della «chiara definizione» degli obblighi di servizio pubblico, implica la verifica dell'esistenza di disposizioni di legge, di regolamento o contrattuali che precisano la natura e il contenuto degli obblighi incombenti all'impresa. I criteri che contraddistinguono l'approccio *quid pro quo*, inoltre, discostandosi dalla giurisprudenza che definisce la nozione di aiuto esclusivamente in relazione ai suoi effetti, potevano condurre a qualificare in modo differente una stessa misura a seconda dell'esistenza o meno un contratto (di servizio pubblico) e/o di un atto che definisca in modo puntuale gli obblighi di servizio pubblico imposti ad un'impresa, anche se gli effetti che tale misura produce sulla concorrenza sono gli stessi.

⁶⁴ Cfr. sul punto le Conclusioni dell'AG C. Stix-Hackl presentate il 7 novembre 2002, nelle Cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse SpA contro Ministero delle Finanze*, nelle quali si afferma che i criteri del «rapporto diretto» o della «evidenza di un nesso tra gli oneri imposti e la loro compensazione» fornivano, alla luce della «natura evolutiva delle prestazioni di servizi di interesse economico generale» sottolineata dalla Commissione, «un criterio di valutazione flessibile». In questo contesto occorre rilevare che il requisito di un nesso diretto o manifesto tra gli oneri imposti e la loro compensazione non esclude in linea di principio una gestione di servizi di interesse economico generale anche al di fuori della procedura di aggiudicazione. Ciò è auspicabile, poiché un obbligo generale di indire una pubblica gara è estraneo al diritto comunitario e non va escluso che altri tipi di incarico - ad esempio sulla base di possibilità di negoziazione di fatto esistenti - garantiscano un adeguato corrispettivo per i servizi resi allo Stato» (para 157).

⁶⁵ Si vedano in senso critico le osservazioni formulate dall'Ag Legér nelle Conclusioni presentate il 13 gennaio 2003 alla causa *Altmark*, cit., in cui si rileva come potevano aversi interpretazioni difformi in funzione delle diverse valutazioni operate dai vari soggetti coinvolti nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di stato al finanziamento dei servizi di interesse generale, dando luogo ad un sistema che, dal punto di vista pratico, avrebbe potuto essere definito solo «caso per caso» dalla Corte nel contesto delle cause ad essa deferite. Invero, le difficoltà di pratica attuazione dell'approccio *quid pro quo* non sono sfuggite all'AG Jacobs il quale nelle Conclusioni presentate nella causa *Gemo*, cit. Tuttavia, tali criteri sembrano più soddisfacenti di altri eventualmente proponibili. In primo luogo, sarebbe sproporzionato, ai fini dell'applicazione del criterio della compensazione, richiedere sempre l'esistenza di un contratto formale di servizio pubblico tra lo Stato ed il prestatore di servizi interessato, dal momento che uno Stato membro può legittimamente voler organizzare la fornitura di servizi pubblici non in base a contratti, ma ad esempio in base a provvedimenti normativi...» (para 129). Sostanzialmente in linea con l'impostazione dell'AG Jacobs sono le

Conclusivamente sul punto, può osservarsi come la pronuncia *Ferring* abbia aperto un dibattito ampio ed articolato nel quale sono state messe in evidenza alcune delle principali implicazioni dell'*approccio compensativo* sul sistema di finanziamento dei servizi di interesse economico generale e sul ruolo che in tale ambito era chiamata a svolgere la Commissione nell'applicazione della disciplina sugli «aiuti di Stato».

In tale linea di ragionamento, si comprende come fosse atteso con particolare interesse un pronunciamento chiarificatore da parte della Corte di Giustizia che fosse in grado di costituire una sintesi delle diverse posizioni emerse dopo la sentenza *Ferring* e ridare un nuovo slancio all'azione della Commissione nella definizione del quadro di valutazione del finanziamento dei servizi di interesse economico generale⁶⁶.

5. La messa a punto dell'approccio compensazione in *Altmark* e le problematiche applicative.

L'evoluzione giurisprudenziale sulla *qualificazione giuridica* delle misure compensative per obblighi di servizio pubblico ha avuto nella sentenza *Altmark Trans* del 23 luglio 2003 un ulteriore passaggio decisivo⁶⁷.

In tale pronuncia, la Corte di Giustizia è stata chiamata a risolvere una serie di questioni pregiudiziali che erano state sollevate nell'ambito di una

Conclusioni dell'Avvocato Generale C. Stix-Hackl presentate il 7 novembre 2002, in Cause riunite da C-34/01 a C-38/01 *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*.

⁶⁶ Al riguardo si consideri come la stessa Commissione nella *Relazione sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato legati ai servizi di interesse economico generale* del 5 giugno 2002 – COM (2002) 280 def. avesse affermato che la situazione di incertezza che si era determinata in ordine alla *qualificazione della natura giuridica* delle compensazioni per obbligo di servizio pubblico in conseguenza dell'altalenante incedere della giurisprudenza comunitaria, rendeva opportuno attendere l'esito di due importanti vicende allora ancora pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia, prima di mettere a punto la propria posizione sul quadro della disciplina comunitaria. Si veda anche il successivo *Documento non ufficiale sui servizi di interesse generale e gli aiuti di Stato* del 12 novembre 2002 nel quale in relazione alla specifica «*questione della valutazione giuridica della compensazione degli obblighi di servizio pubblico e [delle] sue implicazioni sotto il profilo degli aiuti di Stato*», si fa espresso rinvio ad un successivo ed ulteriore esame che dovrà essere effettuato sulla specifica dopo che saranno state pronunciate le sentenze della Corte di giustizia nelle cause *Altmark Trans* e *Gemo*.

⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza 23 luglio 2003, in causa C- 280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*. Su tale pronuncia si vedano FRATINI A., FILPO F., *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto/Impresa Europa*, 2003, 1183 ss.; ZANELLI E., *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante*, in *Pol. Dir.*, 2004, p. 194 e ss.; SCOTTI E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro Amm.- Cons. Stato*, 2003, p. 3222; ALEXIS A., «*L'Arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003: la Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique général*», in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2003, pp. 1-7; LUDER T., «*Calculating Public Service Compensation*», in *European State Aid Law Quarterly*, 3, 2004, pp. 385-391; VESTERDORF B., «*A Comment on the New State Aid Concept as (Re)shaped by Altmark*», in *New developments in European state aid law 2004* (European State Aid Law Institute: proceedings of the 2nd Experts' Forum held in Brussels on 29 April 2004), Lexxion Verlag, Berlino, 2004, pp. 11-19.

controversia tra la *Altmark Trans* e la *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* riguardante il rilascio alla prima, da parte del Governo della regione di Magdeburg, di concessioni relative a servizi di linea su autobus e di sovvenzioni pubbliche per l'esecuzione di tali servizi di trasporto.

I giudici comunitari, dopo aver richiamato i presupposti necessari ai fini della qualificazione di una misura di intervento statale come «aiuto di Stato»⁶⁸, concentrano la propria attenzione sull'idoneità della misura d'ausilio statale ad attribuire «un vantaggio» all'impresa beneficiaria.

In tale linea di ragionamento, la Corte, riferendosi ai casi *ADBHU*⁶⁹ e *Ferring*⁷⁰, ha (ri)afferma il principio in base al quale un intervento statale «nei limiti in cui...deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza.....non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, del Trattato» (para 87).

Tale pronuncia, però, va oltre la mera riaffermazione dell'«approccio compensazione», in quanto ne specifica l'ambito di operatività indicando *quattro condizioni* che devono essere soddisfatte affinché le compensazioni per obblighi di servizio pubblico possano sfuggire alla qualificazione di «aiuti di Stato».

A tal fine, è necessario che:

- 1) l'impresa beneficiaria sia stata *effettivamente incaricata* dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e che tali *obblighi siano definiti in modo chiaro e trasparente*;
- 2) la compensazione concessa sia calcolata sulla base di *parametri preventivamente definitivi in modo chiaro e trasparente* in modo da evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto ad imprese concorrenti;
- 3) l'ammontare della *compensazione non ecceda* quanto necessario per coprire, in tutto o in parte, i *costi* derivanti dall'adempimento degli obblighi

⁶⁸ A tal fine occorre verificare se la misura controversa: è riconducibile ad un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali; ha carattere selettivo; attribuisce un vantaggio al beneficiario; falsifica, anche in misura potenziale, la concorrenza; incide, anche in misura potenziale, sugli scambi tra Stati membri. Cfr. Al riguardo la giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle sentenze 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*, detta «*Tubemeuse*», Racc. pag. I-959, punto 25; 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Spagna/Commissione*, Racc. pag. I-4103, punto 20, e 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia/Commissione*, Racc. pag. I-4397, punto 68).

⁶⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1985, causa 240/83, *ADBHU*, Racc. pag. 531) relativa ad un'indennità prevista dalla direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/439/CEE, concernente l'eliminazione degli oli usati, che poteva essere concessa alle imprese di raccolta e/o di eliminazione di oli usati come contropartita degli obblighi di raccolta e/o eliminazione che venivano loro imposti dallo Stato membro, a condizione di non superare le spese annuali non coperte ed effettivamente accertate delle imprese, tenuto conto di un margine di utile ragionevole. La Corte ha statuito che un tale tipo di indennità non configurava un aiuto ai sensi degli artt. 92 e segg. del Trattato, ma «una contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese di raccolta o di eliminazione».

⁷⁰ Cfr. sentenza *Ferring*, cit., punto 27.

di servizio pubblico, tenendo conto degli *introiti relativi* agli stessi nonché di un *margin di utile ragionevole* per l'adempimento della missione affidata;
 4) l'individuazione dell'impresa da incaricare dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico sia effettuata mediante un confronto concorrenziale, che garantisca che il soggetto incaricato della gestione del servizio è quello in grado di prestarlo al *minor costo* per la collettività, o, in alternativa, nell'ipotesi in cui «*in un caso specifico*» non si faccia ricorso ad una gara, che «*il livello della necessaria compensazione venga determinato sulla base di un'analisi dei costi che dovrebbe sostenere un'impresa media, gestita in modo efficiente e dotata degli adeguati mezzi per l'espletamento del servizio...*».

Tali condizioni, precisa la Corte, sono cumulative ed il mancato rispetto di una sola di esse determinata la riconduzione della compensazione nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, para 1 del Trattato⁷¹.

La pronuncia *Altmark* rappresenta dunque il tentativo della Corte di Giustizia di raggiungere un compromesso tra le diverse prese di posizione assunte dagli Avvocati Generali sul tema della *qualificazione* delle misure di ausilio/finanziamento per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Tale compromesso, nell'aderire al cd. «approccio compensazione» espresso in *Ferring*, ne circoscrive, in modo anche significativo, la portata, assoggettandone l'operatività ad una serie di condizioni *sostanziali* e *procedurali* cui deve conformarsi il potere degli Stati membri di organizzare la gestione dei servizi di interesse economico generale al fine di porre il relativo sistema di finanziamento al di fuori della disciplina comunitaria in tema di aiuti di Stato.

La soluzione fornita dalla Corte con *Altmark* esonera dal rispetto degli obblighi procedurali previsti dalla disciplina sul controllo degli aiuti di Stato *alcune tipologie di finanziamento*, cercando, al tempo stesso, di rispondere alle critiche che erano state mosse alla pronuncia *Ferring* in riferimento alla «notevole libertà di manovra» da questa riconosciuta agli Stati membri nella disciplina del finanziamento delle attività di interesse generale ed al sostanziale ridimensionamento del ruolo di controllo svolto dalla Commissione.

- *Il test Altmark tra conferme ed innovazioni.* Analizzando più nello specifico le condizioni previste dalla sentenza *Altmark* può rilevarsi come la prima condizione (esistenza di un espresso atto di incarico di affidamento della missione di interesse generale e chiara definizione degli obblighi di servizio pubblico⁷²) non costituisca una sostanziale novità rispetto all'orientamento espresso sia dalla Commissione che dalla Corte in riferimento alla possibilità di invocare l'articolo 86 para 2 per legittimare la

⁷¹ Spetterà in primo luogo ai giudici nazionali vigilare sulla corretta applicazione dei principi affermati in *Altmark* e verificare nei casi concreti il rispetto delle condizioni indicate nel test.

⁷² Secondo la giurisprudenza in tema di applicazione dell'articolo 86.2 del Trattato, nonostante le diverse forme che possono essere assunte nei vari ordinamenti nazionali dall'atto o dagli atti di incarico, questi devono necessariamente indicare, oltre all'identità dell'impresa incaricata, la natura, portata e la durata degli obblighi imposti.

deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza in generale, e quelle sugli aiuti di Stato in particolare⁷³.

Del resto, la necessità di un atto di incarico espresso e la chiara definizione degli obblighi di servizio pubblico risulta essere una preconditione minima volta a consentire alla Commissione di svolgere una funzione di controllo sull'operato degli Stati membri nella scelta di individuazione ed organizzazione dei servizi di interesse economico generale⁷⁴.

Sostanzialmente analoga può essere considerata la funzione svolta dalla seconda condizione del test *Altmark* in base alla quale la compensazione concessa deve essere calcolata sulla base di *parametri preventivamente definitivi in modo chiaro e trasparente*⁷⁵.

Scopo di tale requisito di natura essenzialmente procedurale è quello di superare la prassi di sovente seguita dagli Stati membri di concedere delle sovvenzioni *ex-post* per il finanziamento di servizi di interesse economico generale la cui prestazione si sia rilevata economicamente non sostenibile⁷⁶.

Tale secondo requisito è stato oggetto di diverse critiche che ne hanno rilevato sia le ambiguità⁷⁷ che l'inidoneità ad assicurare l'assenza di sovracompenazioni⁷⁸.

⁷³ Cfr. Decisione della Commissione 2002/753/EC del 19 giugno 2002 sulle misure adottate dalla Germania per *Deutsche Post AG*, in GUCE 2002/L 247/27, 14.9.2002, para.70

⁷⁴ Cfr. Commissione, *Documento Non Ufficiale sui Servizi di interesse generale*, cit. in cui si ricorda come dalla giurisprudenza risulta che «in assenza di normative comunitarie in materia, la Commissione non è legittimata a pronunciarsi sull'organizzazione e sull'ampiezza delle missioni di servizio pubblico ... né sull'opportunità delle scelte politiche operate a tal riguardo dalle competenti autorità nazionali, ... Il compito della Commissione è di vigilare affinché tali disposizioni siano applicate senza errori manifesti» (para 12)....Nella sua prassi decisionale, la Commissione si impegna a seguire scrupolosamente la giurisprudenza della Corte e contesta solo raramente la qualificazione come servizio di interesse economico generale. Simili interventi non costituiscono un'interferenza della Commissione nelle competenze degli Stati membri, ma sono volti unicamente ad evitare gli abusi. È quanto avviene in particolare quando l'attività in questione non presenta alcun carattere specifico rispetto alle altre attività economiche, o quando detta attività viene già realizzata in maniera soddisfacente da imprese operanti secondo le regole del mercato (para 22).

⁷⁵ In altri termini, è richiesta una definizione, in via preventiva, delle prestazioni che l'impresa si assume l'obbligo di fornire nell'interesse generale, in modo tale da rendere evidente il nesso di «corrispettività» che lega gli obblighi di servizio pubblico e le compensazioni accordate dallo Stato. La Corte precisa che la compensazione *ex-post* da parte di uno Stato membro delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, para 1, del Trattato.

⁷⁶ In sostanza, dunque, tale requisito dovrebbe consentire un più efficace strumento per prevenire l'elusione della disciplina sugli aiuti di stato e l'attribuzione di vantaggi economici alle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse generale suscettibili di distorcere la concorrenza.

⁷⁷ Cfr. TRAVERS N., *Public Service Obligation and State Aid: Is all Really Clear after Altmark?*, *European State Aid Law Quarterly*, 2003, 3, p. 387, che ne afferma espressamente la «very general and almost nebulous nature».

⁷⁸ SINNAEVE A., *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, *European State Aid Law Quarterly*, 2003,3, p.351. Sottolineano, invece, la funzione positiva della preventiva definizione dei parametri di calcolo della compensazione nel minimizzare i rischi di sovracompenazione LOUIS F., VALLERY A., *Ferring Revisited: the*

Ed ancora, ne è stata altresì messa in evidenza la potenziale discriminatorietà nella misura in cui delinea un diverso trattamento di *similari* ipotesi di finanziamento di servizi di interesse generale, che si differenziano solo per un aspetto di ordine procedurale: nell'un caso preventiva definizione dei parametri di compensazione, nell'altro definizione dell'ammontare della compensazione effettuata *ex post*⁷⁹. La concretizzazione di tale rischio di disparità di trattamento dipenderà in larga parte dall'interpretazione più o meno stringente che la Corte di Giustizia darà alla *presunzione di sfavore* delineata dalla sentenza *Altmark* per le compensazioni determinate *ex-post*⁸⁰. Nella medesima linea di ragionamento, può rilevarsi come per garantire un'applicazione del requisito della *preventiva definizione dei parametri* sui quali deve essere calcolata la compensazione in modo aderente alla realtà economica in cui sono prestati i servizi di interesse economico generale, se ne dovrà evitare un'applicazione troppo rigida e formalistica che non consenta una qualche forma di flessibile adattamento alle evoluzioni delle condizioni economiche di prestazione dei servizi.

Un'interpretazione/applicazione troppo rigida della definizione *ex-ante* dei parametri della compensazione potrebbe anche condurre alla paradossale situazione nella quale l'impresa beneficiaria può essere indotta a non perseguire guadagni di efficienza potenzialmente raggiungibili allo scopo di mantenere invariato il livello dei costi definiti nello schema di calcolo delle compensazioni, dal momento che ogni guadagno di efficienza conseguito potrebbe essere considerato come «aiuto di Stato»⁸¹.

La terza condizione di *Altmark*, secondo cui l'ammontare della compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire, in tutto o in parte, i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un *margin* di utile ragionevole per il suddetto adempimento, si lega logicamente alla seconda condizione, indicando, dal punto di vista sostanziale, gli elementi che devono essere presi in considerazione nella definizione dell'ammontare della compensazione ammissibile: a) i costi degli obblighi di servizio pubblico; b)

Altmark Case and State Financing of Public Services Obligations, in *World Competition*, 27, 2004, 1, p. 53.

⁷⁹ Tale rischio del resto era stato, nella sostanza, avanzato dallo stesso AG Léger nelle sue seconde conclusioni (13 gennaio 2003) nella causa *Altmark* (in particolare para 75-84), nell'argomentare i motivi della sua contrarietà all'approccio «quid pro quo» formulato dall'AG Jacob nelle conclusioni del 30 aprile 2002 nella causa *Gemo*, cit. (in particolare para 117-120) che proponeva di operare una divisione delle misure di ausilio statale in ragione dell'esistenza o meno di «un nesso diretto e palese» tra il finanziamento statale concesso e l'imposizione di obblighi d'interesse generale chiaramente definiti.

⁸⁰ Cfr. Corte Giustizia, sentenza *Altmark* nella quale si afferma che «la compensazione da parte di uno Stato membro delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, para 1, del Trattato» (para 91).

⁸¹ La paradossalità di tale situazione emerge in tutta evidenza ove si consideri che la ratio sottostante al ragionamento effettuato dalla Corte in *Altmark* è proprio quello di incentivare la promozione dell'efficienza nell'allocatione delle risorse necessarie alla prestazione dei servizi di interesse economico generale tanto nella prospettiva statica che in quella dinamica della evoluzione delle condizioni di produzione.

gli introiti a questo relativi e c) la garanzia di un margine di utile ragionevole⁸².

Anche tale requisito dunque non introduce alcun nuovo principio nella definizione della disciplina del finanziamento dei servizi di interesse economico generale dal momento che l'*assenza di sovracompenrazione* era considerata una condizione indispensabile – *condizione di proporzionalità* – anche nell'ambito della valutazione di compatibilità di «aiuti di Stato» in funzione compensativa effettuata in base alla deroga di cui all'articolo 86, para 2 del Trattato.

La quarta condizione prevista dal test *Altmark*, è quella che introduce la più *significativa innovazione* nella *qualificazione* delle misure d'ausilio statale in quanto prevede che queste non rientrano nell'ambito della nozione di «aiuto di Stato» se, alternativamente:

- a) l'individuazione dell'impresa da incaricare dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico (e la determinazione dell'ammontare della compensazione riconosciuta) è effettuata mediante un confronto concorrenziale o,
- b) se «il livello della...compensazione viene determinato sulla base di un'analisi dei costi che dovrebbe sostenere un'impresa media, gestita in modo efficiente e dotata degli adeguati mezzi per l'espletamento del servizio in questione».

Tale condizione può essere considerata come una risposta alle osservazioni critiche che erano state avanzate sulla sentenza *Ferring* in ordine alla scarsa attenzione riservata dalla Corte di Giustizia al *livello di efficienza* dell'impresa incaricata della gestione dei servizi di interesse generale⁸³.

⁸² Anche tale formulazione, è stata critica per la genericità dei termini utilizzati sollevando diverse problematiche interpretative/applicative che dovranno trovare soluzione in successivi interventi chiarificatori. Cfr. sul punto le osservazioni di LOUIS F., VALLERY A., *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Services Obligations*, in *World Competition*, 27 (1), 2004, pag. 70: «it is to be regretted that the Court did not specify here that the costs that should be taken into account are the net cost of providing the public services, after account would have been taken of all direct and indirect (such as benefits drawn from name recognition or network effects) revenues generated by public services....Moreover the reasonable profit concept....has proved to be quite elusive indeed in other areas of EC law, such as the issues of what constitutes abusively high prices under articles 82 EC or the regulation of interconnection and access pricing issues in telecommunications field». Cfr. anche GRESPAN D., *An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy*, in *Competition Policy Newsletter*, n.3/2002, pag. 17-25.

⁸³ Particolarmente critica sul fondamento economico era stata la posizione espressa da NICOLAIDES P., *Compensation for Public Service Obligation: The Floodgates of State Aid?*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 570, in cui si osservava come la mancata qualificazione come «aiuti di Stato» delle compensazioni concesse alle imprese in funzione compensativa degli extracosti sopportati per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico, non tenesse in alcuna considerazione il *livello di efficienza* del beneficiario dell'ausilio statale. Tale soluzione riduceva l'incentivo alla minimizzazione dei costi di produzione, sia in senso assoluto che in relazione a quelli sostenuti dai propri concorrenti, risolvendosi nell'attribuzione di un *vantaggio* agli *operatori meno efficienti* il cui effetto distorsivo poteva ridondare anche in mercati contigui a quelli della prestazione del servizio di interesse generale, senza che la disciplina in materia di concorrenza potesse costituire un valido argine. La soluzione di tali problemi era resa ancora più difficoltosa dalla mancanza di trasparenza, nell'organizzazione e nelle modalità di finanziamento dei servizi di interesse economico generale. Al riguardo può ricordarsi come tale A. avesse espressamente affermato che

La posizione assunta in *Altmark* dimostra, infatti, come per i giudici comunitari, l'effettuazione di una procedura competitiva sia il miglior modo per definire il livello di compensazione *adeguato* per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico⁸⁴.

La Corte, inoltre, fermandosi giusto al limite dall'imposizione di un obbligo di gara⁸⁵ e dimostrandosi in tal modo rispettosa delle prerogative degli Stati

«remember that the Court in Ferring and the opinions of the AGs implied that this kind of compensation merely eliminates competitive disadvantage...But...far from restoring a level playing field, compensation currently strengthens anti-competitive advantages» di cui beneficiano le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Si rileva, infatti che fin quando un determinato obbligo non sia imposto espressamente ad una determinata impresa ogni svantaggio deve considerarsi in linea di principio evitabile: ovvero l'impresa potrebbe optare per non fornire il servizio in questione. Dal momento che l'autorità pubblica può non sapere come si comporterà l'impresa, vi è il rischio che il sussidio venga accordato in riferimento ad attività che sarebbero comunque svolte dall'impresa anche in assenza di compensazione. In secondo luogo, viene rilevato come sia difficile distinguere tra extra-costi connessi all'adempimento di obblighi di servizio pubblico ed i costi che generalmente vanno a gravare sull'esercizio dell'attività economica a causa della regolamentazione pubblica di tale attività. C'è poi un problema di effetti distorsivi della concorrenza dovuto ad una non corretta allocazione dei costi da parte dell'impresa che decida di allocare la gran parte dei costi fissi da essa sopportati all'esercizio dell'attività economica gravata dagli obblighi di servizio pubblico in modo da reclamare la concessione di compensazioni finanziarie per la copertura di tali costi, venendo in tale modo a beneficiare di un vantaggio competitivo nella fornitura di servizi correlati a quelli di interesse generale.

⁸⁴ Cfr. sul punto le osservazioni di NICOLAIDES P., *Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling economics and Law*, European State Aid Law Quarterly, 2003, 2, p. 183 e ss. Si veda anche LOUIS F., VALLERY A., *Ferring Revisited: The Altmark case... cit.*, in particolare, pag. 70 in cui si osserva come tale requisito appaia giustificato dal punto di vista giuridico nella misura in cui un finanziamento pubblico che compensasse l'inefficienza di un fornitore di servizi pubblici dovrebbe essere considerato come l'attribuzione di un vantaggio e dunque qualificato come aiuto di stato. Ovviamente, il riferimento operato dalla Corte all'effettuazione di procedura competitiva per la selezione dell'impresa incaricata di prestare il servizio di interesse economico generale non si riferisce esclusivamente alle procedure previste nelle Direttive in materia di aggiudicazione di Appalti pubblici – da ultimo codificate nelle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relative rispettivamente al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postale e delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in GUCE L 134 del 30 aprile 2004 —, ma va inteso in senso più ampio come riferimento a qualsiasi procedura selettiva aperta e trasparente. Sulla relazione tra disciplina degli aiuti di stato e procedure selettive si vedano: BARTOSCH A., *"The Relationship Between Public Procurement And State Aid Surveillance – The Thoughtful Standard Applies?"*, in Common Market Law Review, v. 39, n. 3, June, 2002, p. 551-576 Cfr. SCHNELLE U., *Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans*, in European State Aid Law Quarterly, 2003, 3, p. 411 e ss; SCHNELLE U., *Unconditional and Non-Discriminatory Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services*, in European State Aid Law Quarterly, 2002, p. 195.; BOVIS C., *The Liberalisation of Public Procurement in the European Union and its Effects on the Common Market*, Ashgate-Dartmouth, 1998; BOVIS C., *"Public Procurement, State Aid and Public Services: Between Symbiotic Correlation and Asymmetric Geometry"*, in European State Aid Law Quarterly, 4, 2003, pp. 553-567; JANSSEN S., *"Services of general economic interest, state aid, and public procurement"*, in Journal of network industries, v. 5, n. 2, 2004, pp. 139-192.

⁸⁵ Cfr. al riguardo anche la sentenza della Corte di Giustizia 21 luglio 2005, in causa C-231/2003 *Consorzio Aziende Metano (Coname) e Comune di Cingia de' Botti*, nella quale la Corte ha affermato che occorre verificare se «l'affidamento della concessione...risponda a

membri in ordine alle scelte sul *come organizzare* la gestione di servizi di interesse economico generale⁸⁶, ha precisato la propria posizione sul rapporto tra effettuazione di procedure competitive e disciplina in tema di «aiuti di Stato» che la Commissione aveva delineato nella sua prassi applicativa⁸⁷.

L'approccio tenuto dalla Corte in *Altmark* si pone, infatti, in linea di continuità con l'operato della Commissione che risultava maggiormente incline a decretare la compatibilità con il Trattato di una misura di ausilio nel caso fosse stata effettuata una procedura di gara, mentre, in assenza di una qualunque forma di confronto competitivo, richiedeva agli Stati membri standard di prova più elevati per giustificare la concessione di aiuti statali⁸⁸.

condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso...di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione» (para 21)

⁸⁶ Il tema del rapporto tra scelta delle modalità organizzative della gestione dei servizi di interesse generale ed applicazione del diritto comunitario, in particolare per quanto riguarda il rispetto delle libertà fondamentali del Trattato nell'ambito dell'individuazione dei soggetti cui affidare l'incarico della prestazione dei servizi di interesse generale costituisce oggetto di grande attenzione da parte della Comunità. Cfr. al riguardo, la posizione espressa dalla Commissione nel Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale, cit., in particolare, para 79-81, dove si afferma che «nell'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione, sempre nel rispetto delle norme comunitarie...spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)». Cfr. Commissione, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, pubblicata in GUCE C n. 121 del 29 aprile 2000; Commissione, *Libro Verde relativo ai Partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 30 aprile 2004 – COM(2004) 327 def.p. 85.; Commissione, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concession*, Brussels, del 15 novembre 2005 COM(2005) 569 final.

⁸⁷ In tale linea di ragionamento, la posizione dei giudici può essere considerata anche come una sorta di confutazione della lettura che era stata data della sentenza *Ferring* di costituire una sorta di monito della Corte nei confronti della tendenza manifestata dalla Commissione ad imporre in maniera indiretta l'effettuazione di procedure competitive sotto la minaccia di qualificare le misure di compensazione come «aiuti di Stato». Cfr. al riguardo GROMNICKA E., *Service of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices*, in *European Public Law*, Volume 11, Issue 3, 2005, pp.429-461, in particolare p. Sulla questione si veda anche BARTOSCH A., *The Relationship Between Public Procurement And State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies?* In *Common Market Law Review*, 2002, 39, p. 564.

⁸⁸ Sul punto, si vedano alcune decisioni della Commissione precedenti la stessa sentenza *Ferring* del 2001, (ad esempio, la vicenda *Phoenix/KinderKanal* del 22 marzo 1999, caso nn70/98) in cui la Commissione accettò di riconoscere che un vantaggio finanziario attribuito ad un soggetto gravato da obblighi di servizio pubblico potesse essere considerato come una mera compensazione a patto che fosse garantito che il relativo ammontare era stato definito *in condizioni di mercato*. Tale garanzia, ad avviso della Commissione, poteva ritenersi soddisfatta solo in una situazione nella quale tutte le imprese potenzialmente interessate alla prestazione di quel determinato servizio fossero state messe in condizione di avanzare offerte ed il soggetto incaricato della prestazione risultasse selezionato in esito ad una procedura competitiva trasparente e non discriminatoria. Da rilevare, però, come l'effettuazione di una

Il *favor* per lo svolgimento di procedure competitive appare in linea di principio condivisibile nella misura in cui consente di *presumere* che l'erogazione di finanziamenti pubblici in funzione compensativa sia effettuata alle *migliori condizioni economiche* reperibili sul mercato evitando al minimo i rischi di sovracompensazione⁸⁹.

- *Individuazione del benchmark e verifica di efficienza.* Notevoli perplessità sono sorte sulla chiarezza del riferimento operato alla "*typical, well run undertaking*" per la determinazione della compensazione ammissibile in assenza di procedure competitive.

Tale inciso, infatti, nell'escludere la possibilità che gli Stati membri possano erogare compensazioni alle imprese nazionali incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale prescindendo completamente da

procedura competitiva per l'attribuzione della misura d'ausilio non determina sempre l'esclusione della misura d'ausilio dall'ambito della nozione di «aiuto di Stato». Cfr. al riguardo Tribunale di Primo Grado, sentenza 5 agosto 2003, in causa T-116/01 T-118/01 *P&O European Ferries*, in cui si afferma che «...il semplice fatto che uno Stato membro acquisti beni e servizi a condizioni di mercato non è sufficiente a dimostrare che tale operazione rappresenta una transazione commerciale effettuata a condizioni che sarebbero state accettate da un investitore privato, o, in altri termini, una normale operazione commerciale, qualora risulti che lo Stato non aveva un'effettiva necessità di tali beni e servizi» (para 117). Per approfondimenti si veda BARTOSCH, A. *The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – the Toughest Standard Applies*, in *Common Law Market Review*, 2003, n. 2, pp. 551-576.

⁸⁹ La presunzione di una correlazione tra svolgimento di una procedura competitiva e definizione dell'ammontare della compensazione vicino al reale valore di mercato degli obblighi di servizio pubblico è oggetto di alcune osservazioni critiche. Cfr. al riguardo SANTAMATO S., PESARESI N., *Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling*, in *Competition Policy Newsletter*, n.1/2004, pag. 19 i quali ricordano come «that procedural aspects are not necessary to achieve the 'least cost' objective. One can also wonder whether they represent sufficient conditions. It is an acknowledged result in economics that a tender may lead to very different results depending on how it is designed and that, at any rate, a tender does not necessarily lead to the provision of a service at the least possible cost». Comunque anche al di là della indubbia pertinenza di tale osservazioni, può rilevarsi come lo svolgimento di una procedura competitiva assicuri un maggior livello di trasparenza e può consentire di individuare forme di benchmark di riferimento per valutare se vi sia una corretta definizione dei parametri di calcolo delle compensazioni. Cfr. al riguardo LOUIS F. VALLERY A., *Ferring Revisited*, *op. cit.* I contributi della letteratura economica che si sono occupati di tali questioni hanno messo in rilievo alcuni problemi che possono impedire alla procedura di gara di conseguire gli obiettivi di efficienza auspicati: specificità degli investimenti, complessità ed imprevedibilità delle condizioni produttive, incompletezza dei contratti stipulati tra autorità pubblica affidante ed impresa affidataria. Affinché il ricorso al meccanismo della gara rappresenti una soluzione ottimale sono, infatti, necessarie alcune condizioni: a) perfetta informazione in modo che il soggetto pubblico affidante il servizio sia in grado di specificare nei minimi particolari e senza ambiguità il contenuto delle prestazioni dovute dall'affidatario; b) concorrenzialità – ovvero assenza di collusione – tra le imprese partecipanti all'affidamento; c) assenza o limitato impatto dei costi di transazione necessarie sia per la predisposizione del contratto che per (il controllo della) sua attuazione. Su tali questioni si vedano: SAPPINGTON D.E., STIGLITZ J.E., *Privatization, Information and Incentives*, in *The Journal of Policy Analysis and Management*, 1987; BULOW, J. E KLEMPERER, P., *Auctions versus Negotiations in American Economic Review*, 1996; CAVALIERE A., OSCULATI F., *Servizi pubblici locali: regole e mercati*, in ROBOTTI L. a cura di, *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2002.

qualsiasi considerazione in ordine alla loro *efficienza* non chiarisce come ci si debba comportare in quei casi nei quali *non sia possibile individuare* un «adeguato» *benchmark* di riferimento.

Tale eventualità non è del resto affatto remota nella misura in cui può considerarsi in qualche modo inerente allo stesso concetto di impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale, l'essere in una *condizione differente* rispetto a quella delle altre imprese proprio in virtù dell'esercizio di attività economiche a condizioni e secondo modalità parzialmente estranee alla logica di mercato⁹⁰.

Al riguardo, sicuramente indicativa della delicatezza del tema è la pronuncia resa nella causa *Chronopost*⁹¹.

In tale complessa vicenda la Corte di Giustizia ha annullato una precedente sentenza del Tribunale di Primo Grado⁹², che aveva a sua volta censurato una Decisione della Commissione con la quale era stato affermato che «[l']assistenza logistica e commerciale fornita da *La Poste* alla sua filiale *SFMI-Chronopost*... non costitui[va] aiuto di Stato»⁹³.

Secondo il Tribunale, l'operato della Commissione era censurabile per la mancata effettuazione della analisi economica che la Corte di Giustizia, fin dalla sentenza SFEI⁹⁴, richiedeva di svolgere al fine di accertare che tale transazione era avvenuta a *condizioni paragonabili* a quelle che si sarebbero realizzate tra imprese operanti «*in normali condizioni di mercato*».

Solo il positivo superamento di tale verifica, infatti, poteva consentire di escludere la qualificazione di «aiuto di Stato» all'assistenza logistica e commerciale prestata da *La Poste* alla sua sussidiaria.

Di contro, la Commissione nella decisione controversa si sarebbe limitata ad operare la sola quantificazione dei costi sostenuti da *La Poste* per la prestazione dell'assistenza logistica e commerciale alla sua sussidiaria *SFMI-Chronopost* e ad effettuare la mera verifica del loro rimborso da parte quest'ultima per escludere la qualificazione di «aiuto di Stato» alla assistenza logistica e commerciale fornita da *La Poste*⁹⁵.

⁹⁰ Cfr. SINNAEVE A., *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2003, p. 35 e BARTOSCH A., *Clarification or Confusion? How to reconcile the ECJ's rulings in Altmark and Chronopost*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 3/2003, p.375.

⁹¹ Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 2003, in cause C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, cd. *Chronopost*.

⁹² Tribunale di Primo Grado, sentenza 14 dicembre 2000, causa T-613/97, *Ufex e a./Commissione* (Racc. pag. II-4055).

⁹³ Cfr. Decisione 98/365/CE della Commissione, del 1 ottobre 1997.

⁹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 1996, SFEI, in causa C-39/94, e a. in Racc. pag. I-3547, nella quale la Corte aveva rilevato che «la fornitura di assistenza logistica e commerciale da parte di un'impresa pubblica alle sue controllate di diritto privato attive in un settore aperto alla libera concorrenza può costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato quando la remunerazione ricevuta come contropartita è inferiore a quella che sarebbe stata richiesta in condizioni normali di mercato».

⁹⁵ In altri termini, dunque, per il Tribunale la Commissione avrebbe dovuto verificare che la contropartita ricevuta da *La Poste* fosse paragonabile a quella che sarebbe stata richiesta, per la prestazione di un servizio analogo, da una società finanziaria privata o da un gruppo privato di imprese «non operante in un settore riservato».

A ben vedere, il caso *Chronopost* presenta una problematica in parte diversa rispetto a quella della corretta individuazione del *livello dei costi* in relazione ai quali verificare l'*adeguatezza* dell'ausilio statale in funzione compensativa di obblighi di servizio pubblico imposti per esigenze di tutela dell'interesse generale.

In tale vicenda, infatti, il «vantaggio economico» del quale si discute la riconduzione alla nozione di «aiuto di Stato» non andrebbe a favore dell'impresa incaricata della gestione del SIEG, quanto piuttosto originerebbe da tale impresa ed andrebbe a rafforzare le capacità concorrenziali di una sua controllata.

La vicenda *Chronopost* solleva dunque un differente problema rispetto a quello dell'ammissibilità di ausili finanziari *in favore di imprese incaricate del SIEG*. Essa pone, infatti, la delicata questione dei limiti alla possibilità di ritenere ammissibile l'attribuzione di *vantaggi economici infragruppo* da parte di un'impresa incaricata della gestione di un SIEG ad una propria controllata attiva in un mercato aperto alla concorrenza.

Nella sentenza la Corte non si pronuncia su tale specifica questione. L'iter argomentativo dei giudici, infatti, inquadrando il caso nell'ambito della disciplina in materia di aiuti di Stato, si sviluppa sulla *qualificazione* da attribuire all'assistenza fornita da *La Poste* alla sua controllata e si concentra sull'utilizzo del criterio dell'«*investitore privato in economia di mercato*» ai fini della qualificazione dell'assistenza logistica e commerciale⁹⁶.

In tale linea di ragionamento, la Corte rileva che quando manca la possibilità di comparare la situazione in cui versa l'impresa incaricata del SIEG con quella di un normale gruppo privato di imprese, il ricorso al criterio dell'investitore privato costringerebbe a prendere come parametro di riferimento condizioni di mercato *necessariamente ipotetiche* e pertanto inidonee a costituire un utile termine di paragone⁹⁷.

⁹⁶ Come noto, tale criterio è stato originariamente elaborato dalla Commissione ai fini della valutazione delle condizioni in presenza delle quali la partecipazione dello Stato al capitale di un'impresa poteva costituire un «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para. 1. In base a tale criterio, si ritiene che un intervento di questo genere non costituisca un aiuto qualora le autorità pubbliche lo effettuino nelle stesse condizioni in cui lo effettuerebbe un investitore privato operante in normali condizioni di economia di mercato. La Corte ha ripreso questo criterio nella giurisprudenza successiva: si vedano, ad esempio, le sentenze 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio/Commissione* (Racc. pag. 2263, punto 14); 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione, Tubemeuse* (Racc. pag. I-959, punto 26), e 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia/Commissione, Alfa Romeo* (Racc. pag. I-1603, punto 19).

⁹⁷ La Poste, infatti, era incaricata di un servizio di interesse economico generale ed, a tal fine, si era dovuta dotare, o era stata dotata, di importanti infrastrutture e mezzi (la «rete postale») che le consentissero di fornire il servizio postale di base a tutti gli utenti, anche nelle zone poco popolate, nelle quali le tariffe non coprivano i costi sopportati per la fornitura del servizio. Proprio in ragione di tali caratteristiche, dunque, la costituzione e il mantenimento della rete posta, che *La Poste* doveva obbligatoriamente assicurare, non rispondevano ad una logica puramente commerciale. Tale rete, infatti, non era «chiaramente una rete di mercato» e «non sarebbe mai stata costituita da un'impresa privata». In tale linea di ragionamento, la Corte, data l'impossibilità di fare ricorso al criterio dell'operatore privato in normali condizioni di mercato, propone di legare la qualificazione della misura all'accertamento dell'idoneità del corrispettivo richiesto da *La Poste* alla propria controllata a remunerare tutti i costi fissi e variabili sostenuti dalla prima per fornire la specifica prestazione, più un'adeguata copertura dei costi fissi di mantenimento della rete postale. In definitiva, quindi, la pronuncia

Sono evidenti le differenti prospettive dalle quali si guarda il *livello dei costi* sostenuti dall'impresa incaricata della gestione del SIEG.

Nelle vicende *tipo Altmark*, l'individuazione del *livello dei costi* connessi all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, mira ad evitare una loro *sovrastima* e quindi, per tale via, l'attribuzione di più elevate compensazioni da parte delle autorità pubbliche che potrebbero essere utilizzate dalle imprese per operare indebiti sussidi incrociati distorsivi della concorrenza.

Nelle situazioni del *tipo Chronopost*, invece, la potenziale distorsione della concorrenza deriverebbe da una *sottovalutazione di tali costi* in modo da ridurre l'importo del corrispettivo da richiedere alla società sussidiaria dell'impresa incaricata della gestione del SIEG e favorirne la propria capacità competitiva rispetto a quella dei propri concorrenti.

Nonostante tali diverse angolazioni, tuttavia, può osservarsi come il fenomeno cui si guarda sia lo stesso e pone, al fondo, il delicato problema dell'*individuazione del corretto benchmark* di riferimento per la quantificazione del *livello dei costi* necessari alla prestazione di servizi ed attività che vengono gestite secondo modalità estranee alla logica del mercato e che proprio per la ragione si prestano difficilmente ad essere raffrontati con adeguati *benchmark* di riferimento⁹⁸.

Chronopost propone un nuovo modello di valutazione nel caso in cui, per l'oggettiva assenza di un benchmark di riferimento affidabile, il ricorso all'usuale criterio dell'investitore privato in economia di mercato non sia utile a stabilire con certezza se il vantaggio economico attribuito con risorse pubbliche costituisca o meno un aiuto di Stato. In tali casi, quindi, la congruità ed adeguatezza del corrispettivo versato dal beneficiario del vantaggio economico devono essere valutate con riferimento ai costi sostenuti per fornire la prestazione e ad una parte dei costi fissi per il mantenimento delle infrastrutture serventi alla prestazione. Al riguardo si veda CASALINI D., *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in Foro Amministrativo, Consiglio di Stato, 2003, p. 2733-2750.

⁹⁸ Cfr. BARTOSCH A., *Clarification or Confusion? How to reconcile the ECJ's rulings in Altmark and Chronopost*, in European State Aid Law Quarterly, n. 3/2003, p.375, in cui si osserva come le due sentenze in realtà non si contraddicano a vicenda ma possano essere riconciliate. L'A., infatti, rileva come «there is no real conflict between the two rulings of the European Court of Justice. Altmark merely serves to set out the general framework under which the compensation for public services is not caught by Article 87(1) EC. Hereby the Court confirms the approach taken in Ferring in principle, but at the same time....[implemented an efficiency criterion], introducendo «a “market economy test” into the field of State aid surveillance over the fulfilment of public service tasks and their compensation. In the Altmark scenario this approach was feasible as besides the company Altmark Trans another competitor was actually interested in and capable of operating the...services....Consequently, the Court was able to assume the existence of a market for the operation of such scheduled bus transport services.....In that regard the Chronopost case was different. Here there was only one operator offering services linked to a universal network, i.e. the French Post Office. Consequently, there was – contrary to the situation in Altmark – no market for the services the remuneration for which was under the Commission's scrutiny....A comparison of the facts underlying the two judgments thus merely reveals the shortcomings and imitations of any sort of “market economy (investor) test”». In tale linea di ragionamento, egli osserva come «...Altmark sets the general framework under which measures intended to offset the costs linked to public service fulfilment may escape the prohibition laid down by Article 87(1) EC....» mentre «Chronopost shows the limitations that the application of this general framework has in cases where for the services provided no market exists and, consequently, no comparable private operator can be found the cost structures of whom can be used as suitable benchmarks».

- *Il mancato superamento del test Altmark ed il "recuperato" spazio per la deroga di cui all'articolo 86, para 2.* La sentenza *Altmark* ha riaperto un'altra questione di grande importanza: quella relativa all'individuazione del ruolo che la deroga di cui all'articolo 86, para 2, del TCE può *ancora* svolgere nel finanziamento dei servizi di interesse generale.

Tale pronuncia, infatti, concentrandosi essenzialmente sul contenuto da attribuire al concetto di «vantaggio» nell'ambito dell'individuazione degli elementi costitutivi della nozione di «aiuto di Stato» pone due ordini di problemi.

In primo luogo, richiede di accertare se la verifica della sussistenza delle condizioni di *Altmark* non abbia in qualche modo *incorporato* la deroga prevista dall'articolo 86, para 2, nell'ambito del concetto di «vantaggio» di cui all'articolo 87 para 1.

In second'ordine, conduce ad interrogarsi sulla possibilità che la parziale sovrapposizione dell'analisi da effettuare sia in riferimento al test *Altmark* che in relazione alla deroga dell'articolo 86, para 2, non costringa la Commissione a *valutare due volte* la stessa misura statale nell'ambito di *due differenti test* che però sono costruiti su requisiti che, almeno in parte, sono sostanzialmente analoghi con potenziali rischi di relativa incoerente applicazione⁹⁹.

Quanto alla possibilità di fare ricorso alla deroga prevista dall'articolo 86, para 2, in caso mancato superamento del test *Altmark* non sembrano esservi dubbi, come del resto testimoniato anche dalle decisioni della Commissione successive alla pronuncia¹⁰⁰.

Tale test, infatti, è composto da una combinazione di *requisiti procedurali e sostanziali*, con la conseguenza che solo nel caso in cui non siano rispettati questi ultimi, deve ritenersi impossibile invocare articolo 86 para 2, mentre se il mancato superamento del test sia dovuto alla sola difformità ai criteri di ordine procedurale non vi dovrebbero essere ragioni ostative all'invocazione della deroga.

Al riguardo, può osservarsi che se manca l'effettivo atto di incarico della gestione di un servizio di interesse generale nei confronti dell'impresa beneficiaria della compensazione (prima condizione) deve ritenersi senz'altro esclusa la possibilità di invocazione dell'articolo 86, para 2. Di contro, se la mancata conformità al test *Altmark* deriva esclusivamente dal

⁹⁹ Cfr. al riguardo LYNKEY O. *The Application of Article 86(2) EC to Measures Which do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 30 (1), 2007, p.153-168, dove si ricorda come nella causa T 354/05, ancora pendente, tra TF1 e la Commissione, viene contestata l'interpretazione della giurisprudenza *Altmark* operata dalla Commissione. Si sostiene, infatti, che la Commissione sarebbe «incorsa in errore di diritto nel ricercare se una misura di Stato di compensazione dei costi del servizio pubblico poteva essere giustificata ai sensi dell'art. 86, n. 2 del Trattato CEE, dopo aver constatato che la misura non soddisfaceva le condizioni poste dalla sentenza *Altmark*» Cfr. Ricorso proposto il 19 settembre 2005 - TF1/Commissione, in causa T-354/05, in GUCE C-315 del 10 dicembre 2005.

¹⁰⁰ Cfr. *Infra* per una più approfondita analisi della prassi decisionale della Commissione nel dopo *Altmark*.

fatto che le compensazioni non sono state preventivamente definite, ma calcolate *ex-post* sulla base delle perdite subite dall'impresa per l'effettiva prestazione del servizio di interesse generale, dovrebbe ritenersi possibile invocare l'applicazione dell'articolo 86, para 2 del Trattato.

Da escludersi, come del resto già affermato nella sentenza *Ferring* è, invece, la possibilità di fare ricorso alla previsione derogatoria in relazione a quelle misure d'ausilio che diano luogo a sovracompenzioni a favore del beneficiario.

Più delicato è, invece, il rapporto tra l'articolo 86, para 2 e la quarta condizione prevista dal test *Altmark*.

È possibile, infatti, ritenere *giustificata* – nel senso di *necessaria e proporzionata* in base a quanto richiesto per l'applicazione dell'articolo 86, para 2 del Trattato – una compensazione finanziaria che non eccede i costi effettivamente sostenuti dall'impresa incarica di gestire il servizio di interesse generale ma che *supera i costi di una impresa «mediamente efficiente»*?

La risposta dovrebbe essere affermativa perché, a stretto rigore, la valutazione che la Commissione è chiamata a compiere nel verificare la possibilità di invocare l'articolo 86, para 2 per le misure di compensazione che non soddisfano il test *Altmark* deve avere come parametro di giudizio la *proporzionalità tra la misura d'ausilio concessa e gli oneri di servizio pubblico imposti per il soddisfacimento della missione affidata* all'impresa incaricata della gestione del SIEG e non una sorta di *efficiency test* di quest'ultima.

In altre parole, l'applicazione dei criteri propri del test *Altmark* sulla *qualificazione* di una misura d'ausilio e la *valutazione di compatibilità* di un «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 86 para 2 del Trattato, consentono di delineare tre differenti ipotesi:

- 1) una prima ipotesi, nella quale sono rispettati tutti i criteri previsti dal test *Altmark* e la misura di ausilio statale, essendo limitata e proporzionata a garantire solo gli extra-costi connessi alla prestazione del servizio di interesse economico generale da parte di un operatore ritenuto (o, meglio, *presunto*) *efficiente*, non è considerata come «aiuto di Stato» ed è, pertanto, sottratta agli ordinari vincoli procedurali previsti dalla relativa disciplina;
- 2) un secondo caso, nel quale la misura di ausilio statale, eccedendo gli extra-costi connessi alla prestazione del servizio, attribuisce al beneficiario, indipendentemente dal suo livello di efficienza, un «aiuto di Stato» che deve ritenersi incompatibile con il Trattato in quanto al di fuori dei limiti previsti dalla deroga di cui all'articolo 86, para 2¹⁰¹.
- 3) una terza categoria di casi nei quali la misura di ausilio statale, che comunque non eccede gli extra-costi connessi all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, viene qualificata come «aiuto di Stato» in quanto erogata in favore di un operatore che non può essere ritenuto (o

¹⁰¹ In tale situazione residua, ovviamente, la possibilità, ricorrendone i presupposti, di dichiarare l'eventuale compatibilità dell'aiuto di stato in base alle deroghe previste dall'articolo 87, paragrafi 2 e 3 del Trattato.

presunto) efficiente e deve essere valutata in base all'articolo 86, para 2 al fine di decretarne l'eventuale compatibilità con il mercato comune¹⁰².

Alle considerazioni si qui svolte, si aggiunga inoltre che l'applicazione della previsione derogatoria di cui all'articolo 86, para 2, del TCE al finanziamento delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale per l'adempimento della «specifica missione affidata», presenta alcuni profili problematici anche in relazione ad aspetti, per così dire *procedurali*, sui quali neanche la pronuncia *Altmark* ha fornito delle risposte esaurienti.

Questa, infatti, se da un lato ha effettivamente *restituito* alla deroga di cui all'articolo 86, para 2 del Trattato il ruolo che le era stato "tolto" dalla pronuncia *Ferring*¹⁰³, dall'altro non fornisce alcuna indicazione sulle modalità con le quali essa potrà essere applicata a quelle misure d'ausilio statali che non soddisfano tutti i requisiti del cd. test *Altmark*.

In altri termini, rimane ancora irrisolta la questione sollevata dall'AG Tizzano nelle Conclusioni presentate nella causa *Ferring* in ordine alla possibilità di ritenere l'articolo 86, para 2, *direttamente applicabile anche* in riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato¹⁰⁴.

¹⁰² Sulla questione si vedano in particolare le osservazioni di SANTAMATO S, PESARESI N., *Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling*, in Competition Policy Newsletter, n.1/2004, p.17.

¹⁰³ Nel senso della perdita di utilità dell'articolo 86, para 2, del Trattato in conseguenza della sentenza *Ferring* si era espresso anche l'AG Legér nelle sue Conclusioni nella causa *Altmark*. (cfr. Conclusioni AG Legér, in causa C-280/00, *Altmark Trans cit.*). Tale conclusione era condivisa dalla stessa Commissione che nella prassi successiva alla pronuncia aveva affermato come una volta che le condizioni previste da *Ferring* non erano soddisfatte non era possibile giustificare le misure in base alla deroga prevista dall'articolo 86, para 2. (Cfr. Decisione della Commissione 2002/753/EC del 19 giugno 2002 sulle misure adottate dalla Germania a favore di *Deutsche Post AG*, in GUCE, L 274 del 14 settembre 2002, para 104-105).

¹⁰⁴ Cfr. Conclusioni dell'AG Tizzano nella causa *Ferring*, *cit.* in particolare para 78-84, secondo cui il mancato riconoscimento della diretta applicabilità dell'articolo 86, para 2 del Trattato anche nell'ambito del finanziamento dei servizi di interesse economico generale, deriverebbe dalla *formalistica equiparazione* di situazioni sostanzialmente diverse. Ad avviso dell'AG Tizzano, infatti, dovrebbero distinguersi, da un lato, le ipotesi nelle quali la violazione degli obblighi procedurali previsti dall'articolo 88.3 (notifica preventiva della misura statale e obbligo di *stand-still*), non può essere retroattivamente sanata dalla successiva decisione della Commissione che ne *dichiari la compatibilità* ex articolo 87, para 3 del Trattato con la conseguenza che la misura d'ausilio statale deve comunque essere considerata come «aiuto illegale»; dall'altro, quelle in cui gli «aiuti di Stato» accordati alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico devono essere *riconosciuti compatibili con il Trattato* in virtù della deroga prevista dall'articolo 86, para 2. La ragione della sostanziale diversità delle situazioni risiederebbe nel fatto che per le prime ipotesi l'impossibilità di sanare successivamente gli atti di esecuzione delle misure di ausilio invalidi per violazione degli obblighi procedurali di cui all'articolo 88.3 trova una sua coerente giustificazione nel sistema delineato dal Trattato che prevede una generale incompatibilità degli aiuti di Stato ad eccezione di quelli autorizzati in virtù delle *deroghe* contemplate dall'art. 87.2 del Trattato in seguito ad una *valutazione discrezionale di esclusiva competenza* della Commissione. Di contro, in riferimento al finanziamento dei servizi di interesse economico generale, viene in rilievo l'articolo 86.2 del Trattato, che non richiederebbe l'effettuazione di «specifiche valutazioni di carattere discrezionale» da parte della Commissione in quanto il controllo dovrebbe limitarsi ad operare una «*semplice verifica fattuale* sull'assenza di compensazioni ingiustificate».

Allo stato attuale, infatti, la *diretta applicabilità* della deroga di cui all'articolo 86, para 2, è pacificamente riconosciuta solo in relazione alle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza che sono *rivolte alle imprese*¹⁰⁵.

La questione della diretta applicabilità della deroga prevista dall'articolo 86, para 2 anche nell'ambito della disciplina sugli «aiuti di Stato» è alquanto complessa e l'incertezza che caratterizza tale tema è emblematicamente rappresentata dalle divergenti impostazioni degli Avvocati Generali che si sono espressi sul punto¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro*, Racc. pag. 803, punti 55-57; 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, Racc. pag. I-2925, punto 34; 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, Racc. pag. I-2533, punto 20, e 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo e a.*, Racc. pag. I-1477, punto 50). In virtù di tale diretta applicabilità quindi, «la consolidata giurisprudenza della Corte...ha più volte chiarito che i giudici nazionali sono competenti a stabilire se la deroga [di cui all'art. 86.2] possa consentire il conferimento a determinate imprese di diritti speciali od esclusivi in violazione del combinato disposto degli artt. 86, n. 1, e 82 del Trattato CE...o per giustificare una normativa nazionale in contrasto con il principio della libera circolazione dei servizi».

¹⁰⁶ Cfr. AG Tizzano, Conclusioni nella causa *Ferring cit.*, in cui si afferma che in relazione al finanziamento dei servizi di interesse economico generale «la notifica ex art. 88, n. 3, degli aiuti...non ha la funzione di consentire alla Commissione l'esercizio di un potere discrezionale di sua esclusiva competenza...[avendo] il solo scopo di informare la Commissione per consentirle di verificare in tempo utile se gli aiuti sono effettivamente accordati per compensare extraoneri di servizio pubblico e se la compensazione non eccede quanto strettamente necessario a tal fine. Ma proprio perché in questo caso la notifica preventiva non risulta funzionale al rilascio di un'autorizzazione discrezionale, la sua eventuale omissione rappresenterebbe bensì un'autonoma violazione delle regole procedurali, ma non produrrebbe l'automatica conseguenza di rendere illegali gli aiuti che effettivamente risultassero ab origine compatibili con il mercato comune ex art. 86, n. 2. Come tale, quindi, essa potrebbe essere eventualmente sanzionabile attraverso un'apposita procedura d'infrazione; come accade, ad esempio, nel caso di mancata o tardiva comunicazione della trasposizione di una direttiva» (para 81). Diversamente dall'AG Tizzano, l'AG La Pergola nelle conclusioni presentate il 14 dicembre 1999 nella causa *CELF* ha affermato che «la deroga ex art. 86, n. 2, non può in alcun caso essere legittimamente invocata da uno Stato membro con riguardo ad un aiuto non notificato al fine di rimuovere il carattere di illegalità che presenta la messa in esecuzione della misura e gli effetti che si ricollegano direttamente alla violazione dell'art. 88, n. 3, del Trattato CE negli ordinamenti giuridici nazionali. L'AG Legér, nelle Conclusioni presentate il 13 gennaio 2003 nella causa C-280/00 *Altmark*, ha rilevato come la competenza esclusiva che il Trattato ha conferito alla Commissione in ordine alla valutazione di compatibilità di un aiuto con il mercato comune ai sensi degli articoli 87 e 88 del Trattato è giustificata, da un lato, dal fatto che l'esame della compatibilità di un aiuto comporta valutazioni di ordine economico e sociale da effettuarsi in un contesto comunitario, dall'altro, dalla ragione che gli aiuti costituiscono un settore sensibile sia per i soggetti interessati che per il funzionamento del mercato comune. In tale linea di ragionamento, il rispetto degli obblighi procedurali previsti dall'articolo 88.3 del Trattato – notifica preventiva obbligatorio e obbligo di sospensione dell'esecuzione – costituiscono la salvaguardia del sistema di controllo sugli aiuti, che, a sua volta, garantisce, in maniera sostanziale, il funzionamento del mercato comune. A tale competenza esclusiva non sarebbero sottratti neanche gli aiuti di stato erogati per il finanziamento dei servizi di interesse generale dal momento che la stessa Corte di Giustizia nella sentenza *Banco Exterior de Espana* (sent. 15 marzo 1994, in causa C-387/92), aveva affermato che la competenza della Commissione in ordine alla valutazione di compatibilità con il mercato comune si estendeva anche agli aiuti erogati alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale. Tale pronuncia, ad avviso dell'AG Legér deve essere interpretata nel senso che l'articolo 86.2 del Trattato non è direttamente applicabile in relazione al finanziamento dei servizi di interesse economico generale e che «i giudici nazionali non sono competenti ad applicare l'art. 86, n. 2, nel settore

Al riguardo, può però osservarsi come seppure la Corte di Giustizia non sia espressamente pronunciata sulla questione, il fatto che la sentenza *Altmark* riconosca ai giudici degli Stati membri la possibilità di pronunciarsi sulla «qualificazione» di una misura statale, autorizzi a ritenere che la Commissione rimanga l'unico soggetto competente a pronunciarsi sulla compatibilità di una compensazione per obblighi di servizio pubblico che rientra nella nozione di «aiuto di Stato».

Del resto, gli evidenziati rischi di possibile incoerenza nell'applicazione del test *Altmark*, potrebbero, allo stato attuale, ed in assenza della definizione di meccanismi di razionalizzazione e coordinamento del sistema di controllo, essere ulteriormente amplificati da un'applicazione decentrata dell'articolo 86, para 2 del Trattato¹⁰⁷.

6. Il dopo *Altmark*: verso la stabilizzazione?

L'analisi della più recente prassi della Commissione fornisce alcune indicazioni su come sono interpretate le condizioni previste nella sentenza *Altmark* e sulle modalità con le quali viene in rilievo la deroga di cui all'articolo 86, para 2, per le compensazioni che non ne soddisfano i requisiti.

Tra i casi nei quali la Commissione ha ritenuto superato positivamente il test *Altmark*¹⁰⁸, può prendersi in considerazione la vicenda relativa ad un sistema di incentivi predisposto dal Governo irlandese per incrementare l'installazione di nuova capacità di generazione di energia elettrica al fine di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti¹⁰⁹.

degli aiuti», (Conclusioni, para 56). L'AG Jacobs nelle conclusioni presentate il 30 aprile 2002 nella causa C-126/01 *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. GEMO SA* ha invece espressamente evitato di esaminare se l'art. 86, n. 2, CE abbia o meno effetto diretto nel contesto dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al finanziamento dei servizi di interesse economico generale ed in che misura esso incida sugli obblighi procedurali degli Stati membri ai sensi dell'art. 88, n. 3, CE (Conclusioni, para 90).

¹⁰⁷ Tale questione merita comunque un approfondimento alla luce delle più recenti iniziative intraprese a livello comunitario per la riforma della politica comunitaria sugli aiuti di Stato. Cfr. *infra*, para. 9.

¹⁰⁸ Cfr. Decisione 16 dicembre 2003, *Ireland Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply*, n.475/2003, C(2003)4488fin. Altre vicende nelle quali la Commissione ha ritenuto soddisfatte le condizioni previste dalla sentenza *Altmark* sono state decise con: Decisione 16 novembre 2004, *Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées Atlantiques*, aiuto N 381/2004, C(2004)4343 fin.; Decisione del 3 maggio 2005, *Aide d'Etat n° N 382/2004 – France Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*, C (2005)1170 fin.

¹⁰⁹ Cfr. Decisione 16 dicembre 2003, *Ireland Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply*, n.475/2003, C(2003)4488fin. In tale decisione, la Commissione, nel verificare se le condizioni previste dal test *Altmark* potevano ritenersi soddisfatte, ha effettuato un'approfondita disamina volta ad accertare la sussistenza della prima condizione. Al riguardo, un aspetto da mettere in rilievo è che la Commissione, dopo aver riconosciuto che la garanzia della «sicurezza delle forniture» di energia elettrica costituisce un legittimo obiettivo di interesse economico generale (para 29), ha osservato che tale obiettivo poteva essere raggiunto attraverso l'impiego di una molteplicità di strumenti che comportavano un impatto sulla concorrenza e sul commercio intracomunitario molto differente (para 30-34). In tale linea di ragionamento, viene effettuata un'analisi della

Merita di essere evidenziata, in particolare, l'impostazione seguita dalla Commissione nell'esaminare se la quarta condizione prevista dal test *Altmark* poteva ritenersi soddisfatta. Nel condurre tale analisi, infatti, l'Esecutivo comunitario è andato oltre la verifica del mero rispetto della disciplina in tema di appalti pubblici, affermando che la quarta condizione di *Altmark* può ritenersi soddisfatta non solo nel caso di esperimento delle procedure previste dalla disciplina comunitaria in tema di appalti pubblici ma anche attraverso *un processo di selezione trasparente* che consenta comunque di *individuare la soluzione più efficiente* per la prestazione del servizio (para 57).

Significative indicazioni sull'approccio utilizzato si trovano anche Decisione sulle misure di incentivazione previste dal Governo francese per la costruzione di un'infrastruttura di comunicazioni elettroniche ad alta velocità¹¹⁰.

In tale decisione la Commissione sottolinea l'importanza di una preventiva definizione dei parametri per il calcolo della compensazione, affermando espressamente come solo in questo caso si possa escludere l'attribuzione di un vantaggio al beneficiario dell'aiuto. Ad avviso della Commissione infatti, un sistema di calcolo della compensazione che attribuisce un margine di discrezionalità nella determinazione della compensazione e la possibilità di finanziamenti addizionali a posteriori possono dare luogo a forme di sovracompensazione (para 69).

Nel verificare la sussistenza del terzo requisito dalla sentenza *Altmark*, la Commissione ha anche sostenuto come in alcune ipotesi eccezionali, in ragione del carattere atipico dell'attività sussidiata o della complessità del servizio prestato, potrebbe accadere che anche nel caso in cui l'attribuzione della misura d'ausilio avvenga sulla base della migliore offerta disponibile sul mercato, ciò non sia sufficiente ad escludere l'attribuzione di una sovracompensazione (para 73 e 74).

specifica situazione irlandese, all'esito della quale si arriva ad affermare che la garanzia della sicurezza delle forniture attraverso la predisposizione di una sufficiente riserva della capacità di generazione costituiva, *di per sé*, un servizio di interesse economico generale posto che fossero rispettate alcune condizioni nell'installazione della capacità di riserva, la cui osservanza consentiva di ritenere soddisfatto il primo requisito del test *Altmark* (para 35). Inoltre, può essere interessante notare come in relazione alla verifica della sussistenza delle altre condizioni previste dal test *Altmark*, la Commissione abbia, nella sostanza, ritenuto che l'effettuazione di una procedura di selezione competitiva poteva essere ritenuta una prova sufficiente a ritenere che anche il secondo ed il terzo requisito fosse stato rispettato.

¹¹⁰ Decisione della Commissione, Aiuto di Stato n.381/2004, *Progetto di rete di telecomunicazione ad alta velocità dei Pirenei Atlantici*, Bruxelles 16 novembre 2004, C(2004) 4343 fin. (para 7). Il progetto presentato dalle autorità francesi prevedeva che tale infrastruttura di comunicazione, una volta realizzata, sarebbe stata messa a disposizione, a condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie, agli operatori che fornivano servizi di comunicazione. Anche in tale vicenda, la Commissione, dopo aver svolto un approfondito esame della misura alla luce delle azioni promosse a livello comunitario per favorire l'accesso ai servizi di connessione internet ad alta velocità, ha riconosciuto che l'attività rispondeva ad un bisogno generale fondamentale che presentava un carattere specifico rispetto ad altre attività economiche (para 50), che presentava caratteristiche specifiche che giustificavano l'attribuzione di una specifica missione da parte dello Stato (para 65), che il sistema previsto non si poneva in contrasto con la disciplina comunitaria in materia e che gli obblighi di servizio pubblico erano chiaramente definitivi (para 66 e 67).

Infine, in relazione alla quarta condizione del test *Altmark*, la Commissione afferma espressamente come questa sia funzionale ad evitare che imprese inefficienti possano essere selezionate per l'adempimento della missione di interesse generale¹¹¹.

Dall'analisi delle decisioni in cui il test *Altmark* non è stato ritenuto superato in modo positivo¹¹², sembra emergere una propensione della Commissione a ritenere non soddisfatti il secondo ed il quarto criterio del test *Altmark*.

Questa tendenza potrebbe essere ricondotta al fatto che tali criteri, non sovrapponendosi alla valutazione di compatibilità prevista dall'articolo 86 para 2, riducono il rischio di incorrere in decisioni contraddittorie.

Per quanto più direttamente attiene ai profili sostanziali relativi al rapporto tra i requisiti *Altmark* e la deroga di cui all'articolo 86 para 2, alcuni di questi casi come, ad es. *RAI*¹¹³, *France 2 and France 3*¹¹⁴, *Intermediación Aérea SL*¹¹⁵, consentono di formulare alcune osservazioni di carattere generale sull'orientamento che la Commissione tenderà verosimilmente a seguire nella valutazione di compatibilità.

In primo luogo, può osservarsi che la Commissione non segue sempre lo stesso schema analitico. In alcuni casi (ad es. *RAI*), viene valutato in prima battuta se le misure interessate sono "in linea di principio" qualificabili come «aiuti di Stato» ex art. 87 para 1 e, in un secondo tempo, per verificare se queste conferiscano un «reale vantaggio economico» al beneficiario, si passa all'applicazione del test *Altmark*.

In altri casi, invece, (ad es. *France 2 and France 3* e *Intermediación Aérea SL*) l'ordine del ragionamento è inverso in quanto viene in prima battuta applicato il test *Altmark* per verificare se la misura sia selettiva ed attribuisca

¹¹¹ Cfr. Decisione della Commissione, Aiuto di Stato n.381/2004, *Progetto di rete di telecomunicazione ad alta velocità dei Pirenei Atlantici*, Bruxelles 16 novembre 2004, C(2004) 4343 fin. (para 76). Anche tale caso, il quarto requisito del test *Altmark* viene ritenuto soddisfatto in ragione della procedura seguita per l'attribuzione della *délégation de service publique*, che ha consentito comunque di selezionare il candidato più efficiente in relazione all'attività svolta e di assicurare il minor costo per la collettività (para 83 e 87). Analogo approccio è stato seguito dalla Commissione nella Decisione, n.382/2004 – *Dorsal* – Bruxelles, 3 maggio 2005, C(2005) 1170 fin.

¹¹² Cfr. ad esempio Decisione 16 marzo 2004, *Aiuto di Stato concessi dalla Repubblica italiana alle compagnie Adriatica, Caremar, Siremar, Saremar, Toremar, (Gruppo Tirrenia)*, in GUCE L 53 del 25 febbraio 2005; Decisione 22 giugno 2005 relativa ad un *Aiuto di Stato dello Stato olandese in favore dell'AVR per lo smaltimento di rifiuti pericolosi*, in GUCE L 84 del 23 marzo 2006; Decisione 20 aprile 2005, *Redeance Radiodiffusion*, C(2005)1166 fin.; Decisione 15 ottobre 2003, sulle *Misure della Repubblica italiana a favore della RAI*, in GUCE L 119 del 23 aprile 2004; Decisione 10 dicembre 2003 sugli *Aiuti della Repubblica francese a France 2 and France 3*, in GUCE L 361 dell'8 dicembre 2004; Decisione della Commissione del 20 ottobre 2004 relativa ad un *Schema di aiuti concesso dal Regno di Spagna alla compagnia aerea Intermediación Aérea SL*, in GUCE L 110 del 30 aprile 2005; Decisione Aiuto di Stato n.SI 7/2005 – *Stranded costs in Slovenia* C(2005) del 2 maggio 2005, 172 fin.

¹¹³ Decisione 15 ottobre 2003, sulle *Misure della Repubblica italiana a favore della RAI*, in GUCE L 119 del 23 aprile 2004.

¹¹⁴ Decisione 10 dicembre 2003 sugli *Aiuti della Repubblica francese a France 2 and France 3*, in GUCE L 361 dell'8 dicembre 2004.

¹¹⁵ Decisione della Commissione del 20 ottobre 2004 relativa ad uno *Schema di aiuti concesso dal Regno di Spagna alla compagnia aerea Intermediación Aérea SL*, in GUCE L 110 del 30 aprile 2005.

un vantaggio al beneficiario, ed in un secondo tempo l'attenzione viene spostata sull'esistenza delle altre condizioni della nozione di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87 para 1.

In ordine alle modalità con le quali viene applicata la prima condizione del test, si può rilevare come la Commissione ritenga che la definizione degli obblighi di servizio pubblico attraverso una negoziazione diretta tra la competente autorità pubblica ed un'impresa *già individuata* come prestatore di tali servizi non soddisfi la condizione richiesta dalla sentenza *Altmark*¹¹⁶.

Ad avviso della Commissione, infatti, gli specifici dettagli degli obblighi di servizio pubblico da garantire nell'interesse generale, devono essere conoscibili ad ogni impresa *potenzialmente interessata* a fornire tale servizio prima della relativa selezione.

Inoltre, la preventiva definizione dei parametri in funzione dei quali calcolare la compensazione, deve essere operata *prima* che *sia deciso* il fornitore del servizio e non semplicemente prima di avviare la prestazione del servizio in questione. Queste due precisazioni sembrano richiedere necessariamente una qualche forma di confronto competitivo, che consenta una valutazione comparativa tra diversi potenziali prestatori di servizi di interesse generale.

In relazione alla quarta condizione *Altmark*, si può osservare come la Commissione dimostri chiaramente la propria propensione per l'effettuazione di una procedura competitiva per la scelta del soggetto incaricato della gestione del SIEG.

La Decisione *Intermediación Aérea SL*, inoltre, induce a ritenere che alla seconda parte della quarta condizione del test *Altmark*, si possa fare riferimento solo in assenza di un obbligo di esperire una procedura competitiva e non anche nel caso in cui si sia disatteso ad un tale obbligo (para 72)¹¹⁷.

Un altro aspetto che merita di essere evidenziato in riferimento alla relazione tra il test *Altmark* e l'articolo 86 para 2, è quello del rapporto tra la condizione di *proporzionalità* dell'articolo 86 para 2 e le condizioni del test *Altmark* che possono essere sinteticamente indicate come *requisiti di efficienza* nel finanziamento dei SIEG.

Al riguardo, può rilevarsi come nelle decisioni *RAI* e *France 2-France 3* sia stato affermato che le compensazioni sono ritenute proporzionate se non eccedono quanto è necessario per coprire i *costi sostenuti* per la fornitura del servizio pubblico, tenendo in considerazione un ritorno sul capitale investito per l'adempimento dell'obbligo di servizio pubblico¹¹⁸.

Tali decisioni dunque non sembrano richiedere alcun *requisito di efficienza* che induca il soggetto incaricato della gestione dei servizi di interesse economico generale a minimizzare i costi. Tutti i costi sopportati (e *ritenuti necessari*) per la garanzia del SIEG da parte dell'impresa incaricata sono, infatti, ritenuti ammissibili ai fini della compensazione da parte dello Stato (Cfr. Decisione *France 2 and France 3*, para 86) senza che l'impresa stessa

¹¹⁶ Cfr. Decisione *Intermediación Aérea SL*, cit., para 63.

¹¹⁷ Cfr. Decisione *Intermediación Aérea SL*, cit., para 72.

¹¹⁸ Cfr. Decisione *Rai*, cit., in particolare para 120.

debba individuare i costi ammissibili sulla base di un *benchmark* come indicato nella quarta condizione del test *Altmark*.

Sempre con riferimento ai costi ammissibili a compensazione, va però rilevato che nella decisione *RAI*, si precisa che solo i *costi netti* connessi agli obblighi di servizio pubblico devono essere compensati. In tal modo la Commissione, nel determinare il reale carico finanziario sopportato dall'impresa gravata dagli obblighi di servizio pubblico, prende in considerazione anche i ricavi diretti ed indiretti che il soggetto incaricato della gestione dei SIEG riceve dalla fornitura del servizio in questione, portandoli in detrazione dai costi sostenuti¹¹⁹.

Altra considerazione di ordine generale che può essere tratta dall'analisi della prassi della Commissione è che la pregnanza delle considerazioni di *efficienza* diventa in qualche modo più stringente nel caso in cui la legislazione di settore prevedeva espressamente l'effettuazione di un confronto competitivo per la selezione del soggetto incaricato della prestazione di servizio pubblico e tale obbligo non è stato rispettato.

Questa conclusione sembra trovare un suo fondamento nell'iter argomentativo seguito nella Decisione *Intermediación Aérea SL*. In tale decisione, infatti, la Commissione lega la *proporzionalità della misura compensativa* alla determinazione del livello di *efficienza dell'impresa incaricata* di prestare il SIEG, affermando che in quel caso specifico non era possibile ritenere soddisfatta la valutazione di proporzionalità dal momento che, in assenza della procedura di gara – che pure era prevista dalla regolamentazione di settore¹²⁰ –, «non [era] possibile escludere che altre compagnie avrebbero potuto fornire il servizio in questione con una sovvenzione inferiore» (para 97).

L'indicazione che può essere tratta da questo caso particolare è che la Commissione in alcuni casi sembra imporre la soddisfazione di alcune *condizioni di efficienza anche* quando è chiamata a determinare il livello delle compensazioni nell'ambito dell'articolo 86 para 2, se si trova di fronte ad un obbligo imposto dalla disciplina comunitaria che prevedeva l'affidamento del servizio di interesse economico generale in base ad una procedura competitiva e tale obbligo è risultato disatteso. Di contro, nel caso in cui non vi sia un obbligo di procedere all'affidamento del SIEG in base ad una procedura competitiva, la Commissione non sembra incline a valutare tale aspetto *efficientistico*, limitandosi a condurre *un'ordinaria analisi di proporzionalità* della misura d'ausilio.

Per quanto riguarda, invece, l'orientamento giurisprudenziale, può rilevarsi come l'approccio compensativo condizionato affermato in *Altmark* sia stato,

¹¹⁹ Cfr. Decisione *Rai*, cit., para 123-125. In tale ottica, quindi, la Commissione proibisce pratiche da parte dell'impresa incaricata del SIEG volte a ridurre intenzionalmente i relativi ricavi (cd. "price undercutting") al fine di incamerare un più elevato livello di compensazione e, quindi, richiede, in modo indiretto, all'impresa di massimizzare i propri profitti allo stesso modo nel quale sarebbe indotto un operatore privato per coprire tali costi (Decisione *Rai*, para 124).

¹²⁰ Cfr. Regolamento del Consiglio CEE 2408/92 del 23 luglio 1992 sull'accesso per i vettori comunitaria alle rotte intracomunitarie.

nella sostanza, confermato dalla giurisprudenza successiva: sentenze *Enirisorse*,¹²¹ *Combust*,¹²² *Valmont*,¹²³ *Laboratoires Borion*.¹²⁴

¹²¹ Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2003, in cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse SpA/Ministero delle finanze*. Su tale sentenza Cfr LOUIS F. VALLERY A., *Ferring Revisited*, op. cit., p. 72 in cui si rileva tuttavia come tale pronuncia, appena pochi mesi dopo la pronuncia *Altmark*, avesse, almeno apparentemente, introdotto degli elementi di incertezza nel quadro di riferimento. La Corte, infatti, nel valutare se una misura relativa all'attribuzione di una rilevante quota di una tassa portuale, da parte di uno Stato membro ad un'impresa pubblica doveva essere considerata come aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, para 1 aveva affermato che occorreva accertare se «tale misura non [era] connessa ad una missione di servizio pubblico chiaramente definita e/o se le altre condizioni relative all'intervento dello Stato precisate nella sentenza *Altmark Trans* non [erano] rispettate» (para 40; enfasi aggiunta). Tale passo della pronuncia sembrava, infatti, rievocare il riferimento all'esistenza di un «nesso chiaro e trasparente» proposto dall'AG Jacobs nelle sue conclusioni nella causa *Gemo*. In tale prospettiva, dunque, il passaggio della pronuncia, se pure non apportava dal punto di vista sostanziale alcuna effettiva innovazione al test *Altmark*, dal momento che i suoi requisiti implicitamente richiedono una chiara connessione tra le compensazioni erogate e gli obblighi di servizio pubblico assunti, lasciava aperta la questione se la successiva giurisprudenza della Corte avrebbe potuto apportare ulteriori condizioni, precisazioni ed integrazioni al cd. test *Altmark* e quali effetti tale eventuale progressivo affinamento del test avrebbe determinato sulle capacità di assestamento del quadro di valutazione delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico.

¹²² Tribunale di Primo Grado, sentenza 16 marzo 2004, in causa T 157/01, *Danske Busvognmænd, c. Commissione delle Comunità europee*, in Cons. Stato, 2005, II, pp. 265-271, con nota di ATRIPALDI V., *Finanziamento pubblico alle imprese che svolgono servizi pubblici e regime comunitario degli aiuti di Stato*. La pronuncia origina da un ricorso per annullamento avverso la Decisione della Commissione 28 marzo 2001 (aiuto n. NN 127/2000), SG (2001) D/287297 che dichiara compatibile col mercato comune l'aiuto concesso dalle autorità danesi alla società *Combust* sotto forma di conferimento di capitale effettuato nell'ambito della privatizzazione di tale società. Nella decisione la Commissione aveva riconosciuto che l'ausilio finanziario concesso soddisfaceva le condizioni elencate al punto 95 della sentenza *Altmark Trans* e non poteva quindi essere considerato un «aiuto di Stato» ai sensi dell'art. 87, n. 1. Il Tribunale, non ha condiviso tale soluzione ed ha rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, il versamento effettuato dalle autorità danesi non soddisfa tutte le condizioni elencate dalla sentenza citata. Ad avviso dei giudici, infatti, la *Combust* non era stata effettivamente incaricata dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico, come richiesto dal punto 89 della sentenza *Altmark* e gli elementi in base ai quali era stata calcolata la compensazione controversa non risultavano essere stati stabiliti preventivamente in modo oggettivo e trasparente».

¹²³ Tribunale di Primo Grado, sentenza 16 settembre 2004, in causa T-274/01, *Valmont Nederland BV, c. Commissione*, in particolare para 130-131. In tale caso, il Tribunale ha annullato la Decisione della Commissione del 18 luglio 2001, 2002/142/CE, relativa ad un aiuto di Stato cui hanno dato esecuzione i Paesi Bassi in favore di Valmont. Ad avviso della Commissione, infatti, la vendita di un terreno alla Valmont e la successiva costruzione di un parcheggio su una parte dello stesso, finanziata dal comune di Maarheeze, presentavano elementi di «aiuto di Stato» a favore della Valmont, che era stato erogato illegittimamente. Il parcheggio, comunque, non risultava nella completa disponibilità della Valmont dal momento che tale società permetteva a terzi di utilizzare il suo parcheggio, a vario titolo, regolarmente e gratuitamente, in base ad un accordo stipulato con un ente locale. In tale contesto, ad avviso del Tribunale, «la Commissione non poteva ritenere ipso facto che [una] parte del finanziamento favorisse necessariamente la Valmont, ma doveva preventivamente esaminare, alla luce delle informazioni di cui disponeva, se tale parte di finanziamento potesse essere considerata l'effettiva contropartita dell'onere a carico della Valmont. A tal fine essa era tenuta a verificare se i presupposti di cui [alla pronuncia *Altmark*] fossero soddisfatti o meno». (Para 134). Sulla base di tale considerazione, il Tribunale ha rilevato che «la Commissione non ha sufficientemente dimostrato, nella Decisione, né peraltro all'udienza,

Tra queste pronunce, particolare interesse assume la recente sentenza *Laboratoires Boiron* nella quale la Corte è stata chiamata ad esprimersi su due questioni pregiudiziali che traevano origine dalla stessa vicenda che aveva dato luogo alla sentenza *Ferring*: l'asimmetrica imposizione di un tributo sulle vendite in funzione compensativa degli obblighi di servizio pubblico gravanti su alcuni soggetti per ristabilire le condizioni di parità concorrenziale con i concorrenti non assoggetti a tali obblighi.

La prima questione riguardava la possibilità di eccepire che una determinata misura d'ausilio costituiva un «aiuto di Stato» al fine di ottenere la restituzione delle somme versate. La seconda questione, strettamente connessa alla prima, invece, poneva di fronte al tema della eccessiva onerosità dello standard di prova richiesto al soggetto che agisce in giudizio al fine di dimostrare che la compensazione ricevuta dai soggetti gravati dagli obblighi di servizio pubblico eccede i costi aggiuntivi che essi sopportano per il loro assolvimento¹²⁵.

Nella sostanza, il problema posto dalla prima questione era attinente alla definizione degli interventi di ripristino della situazione *quo ante* che il diritto comunitario ammette di utilizzare nel caso di illegittima erogazione di aiuti di Stato.

Di norma, tale intervento di ripristino si sostanzia nella restituzione dell'aiuto da parte del soggetto che ne ha illegittimamente beneficiato e non attraverso l'attribuzione dell'aiuto agli altri soggetti che in prima battuta non ne erano stati destinatari.

Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria che si è pronunciata su tale questione non è completamente chiara ed univoca. Infatti, mentre alcune pronunce hanno escluso tale possibilità (*Banks* e *Sea-Land*)¹²⁶, altre, pur trattando problematiche simili non hanno escluso espressamente la possibilità di ottenere il rimborso (*Ferring* e *Gemo*)¹²⁷, altre ancora, infine, hanno

che la metà del finanziamento concesso alla Valmont per la costruzione di un parcheggio sul proprio terreno dovesse essere definita aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE».

¹²⁴ Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2006, in causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, reperibile sul sito internet del Corte giustizia. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>.

¹²⁵ Al riguardo, deve essere ricordato che la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, ritenga che in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai soggetti in forza delle norme di diritto comunitario. Ciò purché le dette modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Cfr. al riguardo, ad esempio, sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland* (Racc. pag. 1989, punto 5); sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato/San Giorgio* (Racc. pag. 3595, punto 12), sentenza 24 settembre 2002, causa C-255/00, *Grundig Italiana* (Racc. pag. I-8003, punto 33). In materia di aiuti, sentenze «*Saumon*» (cit. in nota 22), punto 12, e 2 febbraio 1989, causa 94/87, *Commissione/Germania* (Racc. pag. 175, punto 12).

¹²⁶ Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-390/98, *Banks* (Racc. pag. I-6117, punto 80); sentenza 13 giugno 2002, cause riunite C-430/99 e C-431/99, *Sea-Land Service e Nedlloyd Lijnen* (Racc. pag. I-5235, punto 47).

¹²⁷ Corte di Giustizia, sentenza *Ferring*, cit. e *Gemo*, cit.

ammesso che, in determinate circostanze, i giudici possono ordinare il rimborso di tasse e contributi che costituiscono «parte integrante di una misura d'aiuto» (*Van Calster*)¹²⁸.

Nella sentenza *Laboratoires Boiron*, la Corte richiama i propri precedenti nei quali ha affermato il principio in base al quale i debitori di un tributo non possono eccepire che l'esenzione di cui beneficiano altre imprese costituisca un «aiuto di Stato» per sottrarsi al pagamento del detto contributo ovvero per ottenerne il rimborso¹²⁹.

Tuttavia, i giudici comunitari hanno anche osservato come le misure nazionali controverse nelle vicende in riferimento alle quali si è determinato quell'orientamento giurisprudenziale, differivano in maniera sostanziale dal contributo asimmetrico imposto sulle vendite dirette effettuate dai laboratori farmaceutici.

In quelle vicende, infatti, ci si trovava di fronte ad un tributo di portata «generale» in relazione al quale era prevista un'esenzione «particolare» per taluni operatori. In tale linea di ragionamento, pertanto, era tale esenzione a costituire «di per sé stessa, una misura di aiuto». Di contro, nel caso di un'imposizione asimmetrica come quella trattata nella vicenda *Ferring*, non vi è alcun tributo di portata generale, in relazione al quale si prevede un'esenzione particolare. In tale situazione, infatti, il mancato assoggettamento al contributo di alcuni soggetti costituisce «un obiettivo voluto, se non addirittura l'obiettivo principale del contributo sulle vendite dirette», con la conseguenza che deve ritenersi consentito «ai soggetti sottoposti al relativo pagamento eccepire l'illegittimità al fine di chiederne il rimborso»¹³⁰.

¹²⁸ Corte di Giustizia, sentenza 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster e Cleeren*, in Racc. pag. I-12249, in cui la Corte ha affermato che «quando una misura di aiuto, le cui modalità di finanziamento costituiscono parte integrante della medesima, abbia avuto esecuzione in violazione dell'obbligo di notifica, i giudici nazionali sono tenuti, in linea di principio, a ordinare il rimborso delle tasse o dei contributi specificamente applicati per finanziare tale aiuto. A tale riguardo, la Corte ha precisato che, affinché si possa considerare che un tributo costituisca parte integrante di una misura di aiuto, deve necessariamente sussistere un vincolo di destinazione tra il tributo e l'aiuto in forza della normativa nazionale pertinente, nel senso che il gettito del tributo venga necessariamente destinato al finanziamento dell'aiuto medesimo».

¹²⁹ Cfr. sentenze *Banks*, punto 80, e sentenza 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide*, Racc. pag. I-5293, punto 43).

¹³⁰ Cfr. Corte, sentenza *Boiron*, cit., para 43-45, (enfasi aggiunta), in cui si afferma che «la particolarità del contributo sulle vendite dirette risiede nel fatto che tale contributo e la presunta misura di aiuto costituiscono i due elementi indissociabili di una stessa misura fiscale. In un caso simile, il nesso fra il tributo e l'aiuto è ancora più stretto che nel caso di un tributo parafiscale come quello che è stato oggetto della sentenza *Van Calster*. Sulla questione si vedano anche Conclusioni dell'AG Tizzano, presentate il 30 marzo 2006, in causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, in cui si rileva come occorra distinguere le ipotesi nelle quali si è di fronte ad una misura fiscale in relazione alla quale viene accordata da parte dello Stato un'esenzione in favore di taluni soggetti, dal caso in cui uno Stato istituisca specificatamente un contributo fiscale asimmetrico. Nel primo caso, infatti, ad essere contraria al diritto comunitario, in quanto «aiuto di Stato», non è l'imposizione fiscale in sé che, del resto, rientra nel legittimo esercizio di poteri statali in materia impositiva, ma l'esenzione accordata a taluni soggetti il cui effetto discorsivo deve essere rimosso tramite il recupero dell'aiuto. Nel secondo caso, invece, non si è di fronte ad un'imposta di natura generale, ma un tributo imposto *ab origine*

Se tale principio risulta chiaro deve, invece, rilevarsi come destino alcune perplessità dei passaggi della stessa pronuncia nei quali si precisano le *condizioni* cui è *subordinato* tale rimborso.

Ad avviso della Corte, infatti, tale rimborso deve essere accordato solo nel caso in cui si dimostri che le somme pagate costituiscono una sovracompensazione a profitto del soggetto gravato da obblighi di servizio pubblico e conferiscono a tale soggetto un «vantaggio economico» ingiustamente ottenuto.

Dalla lettura dei paragrafi 47 e 48 della pronuncia sembrerebbe, infatti, necessaria la dimostrazione che gli ausili finanziari accordati costituiscono una sovracompensazione a profitto dei grossisti, implicitamente sostenendo che sarebbe tale *sovracompensazione* a costituire un «aiuto di Stato».

Tale formulazione appare dunque riecheggiare più *l'originaria formulazione dell'approccio compensazione* affermato in *Ferring*, che la sua *precisazione* operata dalla sentenza *Altmark*.

In altri termini, la pronuncia della Corte sembra ricondurre, ancora una volta, al di fuori della nozione di «aiuto di Stato» quelle compensazioni che rispettano la sola «*condizione di equivalenza*» rispetto agli extra-costi sostenuti per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, mentre la pronuncia *Altmark* aveva richiesto un *quid pluris*, imponendo di verificare, tra gli altri elementi del test, anche la *congruità dei costi ammissibili a compensazione* con quelli che sarebbero *sostenuti anche da un operatore efficiente*.

L'ambiguità del ragionamento è, inoltre, dimostrata da un altro passaggio della pronuncia, nel quale la Corte sembra ricondurre alla nozione di «aiuto di Stato» la misura statale compensativa degli obblighi di servizio pubblico nella misura in cui sia accertato che «il vantaggio tratto dalle [imprese incaricate dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico] eccede i costi aggiuntivi che esse sopportano per l'assolvimento degli obblighi di

in maniera asimmetrica per compensare, attraverso tale disparità di trattamento fiscale, oneri di servizio pubblico asseritamente gravanti sui soggetti esclusi dall'obbligo. In altri termini, in tale caso ad essere eventualmente illegittima non sarebbe l'esclusione di alcuni dal pagamento della tassa e/o del contributo, ma la stessa norma che impone la tassa o il contributo in capo ad una sola determinata categoria e non a tutti i soggetti che esercitano la medesima attività economica (para 35 e ss.). L'AG Tizzano rileva altresì che la scelta di ammettere il rimborso delle somme illegittimamente pagate sarebbe il mezzo più efficace per garantire la tutela giurisdizionale dei diritti violato dalle misure illegittime. Un tale pronuncia, infatti, rappresenterebbe, un segnale anche per gli altri soggetti che si ritengono danneggiati dalla concessione di una misura statale come quella prevista in tale caso: un qualsiasi operatore economico potrebbe, dunque, attivarsi per ottenere il rimborso di quanto indebitamente versato in virtù della tassa. Inoltre, tale soluzione deve considerarsi preferibile anche per ragioni di economia processuale poiché renderebbe meno onerosa la tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli danneggiati da misure di sostegno illegittime del tipo di quella in causa. Una soluzione contraria, infatti, obbligherebbe i soggetti che agiscono per far accertare la natura di «aiuto di Stato» di una misura d'ausilio avente caratteristiche analoghe a quelle del tributo asimmetrico di cui alla sentenza *Ferring*, «a dover agire nuovamente dinanzi ai giudici nazionali al fine di far ingiungere alle competenti autorità nazionali di estendere retroattivamente il contributo controverso alle imprese inizialmente non assoggettate» (para 56 e 57.).

servizio pubblico...e in particolare...che non ricorre almeno uno dei cosiddetti presupposti *Altmark*»¹³¹.

Ed in effetti non è chiaro il legame che viene a delinearsi tra il «vantaggio [che] eccede i costi aggiuntivi che esse sopportano per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico» ed il mancato rispetto di almeno uno dei presupposti della pronuncia *Altmark*.

L'utilizzo dell'inciso «*in particolare*» da parte della Corte potrebbe, infatti, essere interpretato nel senso di ritenere che la non conformità ad uno dei requisiti *Altmark* costituisca prova del fatto che la compensazione accordata «eccede i costi aggiuntivi per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico».

Tale passaggio desta qualche perplessità nella misura in cui già una delle condizioni – la terza – del test *Altmark* richiede espressamente che la compensazione concessa «non deve eccedere gli extra-costi». Non si comprende, quindi, la ragione per la quale la Corte debba ritenere che l'inosservanza di una delle condizioni/requisiti del test *Altmark* dovrebbe determinare *necessariamente* il mancato rispetto del terzo requisito del medesimo test.

Ma v'è di più. Ed in effetti, se si volesse spingere la posizione espressa nella pronuncia *Laboratoires Boiron*, fino alle sue estreme conseguenze, allora potrebbe anche argomentarsi che la sentenza *Boiron* più che costituire un ritorno all'approccio compensazione secondo la *formula Ferring*, costituisca una sorta di «*fuga in avanti*» della Corte nella misura in cui il mancato rispetto di uno dei requisiti *Altmark* non ha come *sola* conseguenza la riconduzione della misura d'ausilio nell'ambito della nozione di «aiuto di Stato», ma anche l'ulteriore effetto di considerare l'intervento statale come attributivo di un «vantaggio che eccede i costi aggiuntivi...per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico».

Se così fosse, allora se ne dovrebbe derivare la conseguenza che il mancato rispetto di uno dei requisiti *Altmark*, in quanto ritenuto manifestazione sintomatica – «*in particolare*»...– dell'eccedenza del contributo statale rispetto ai costi aggiuntivi sostenuti per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, non lascerebbe più spazio alla possibilità di invocare la deroga di cui all'articolo 86, para. 2 del Trattato.

Si può dubitare che la Corte volesse effettivamente affermare un principio così forte e, forse, l'ambigua formulazione del passaggio della sentenza costituisce più verosimilmente il tentativo della Corte di riformulare l'argomentazione svolta dall'AG Tizzano nell'analizzare il problema posto dalla seconda questione pregiudiziale in ordine alla eccessiva onerosità dell'onere probatorio gravante sul soggetto che asserisce la natura di «aiuto di Stato» di una misura compensativa per obblighi di servizio pubblico¹³².

Sul punto, l'AG Tizzano, riconosce che richiedere, al soggetto che asserisce la natura di «aiuto di Stato» di una misura compensativa, di fornire la dimostrazione che la compensazione concessa «supera i costi aggiuntivi derivanti dall'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico», possa

¹³¹ Cfr. Sentenza *Boiron*, cit., para 56; corsivo e sottolineatura aggiunti.

¹³² Cfr. Conclusioni dell'AG Tizzano, nella causa *Boiron* cit.

risultare molto difficile nella misura in cui «le informazioni relative ai costi di gestione sono normalmente di natura confidenziale».

Tuttavia, lo stesso AG Tizzano precisa che per provare la natura di «aiuto di Stato» di una misura compensativa *non è necessario dimostrare* che questa *superi gli extra-costi* connessi all'adempimento degli obblighi. A tal fine, infatti, deve ritenersi *sufficiente* fornire la dimostrazione del mancato rispetto di una delle cumulative condizioni previste dal test *Altmark*.

In tale linea di ragionamento, egli ha affermato come «se è vero che talvolta potrebbe essere difficile per un ricorrente provare che la compensazione pagata al prestatore del servizio eccede i costi originati dal servizio pubblico, simili difficoltà probatorie non...sembrano però ravvisabili quando si voglia provare l'insussistenza di *una delle altre tre condizioni* poste dalla sentenza *Altmark*....[Tale è il caso, in particolare,] della quarta condizione che impone una valutazione della compensazione alla luce di un'analisi dei costi che un'impresa media avrebbe sopportato per lo svolgimento degli stessi servizi»¹³³.

L'esame di tale requisito non richiede, infatti, l'accesso a dati di natura confidenziale di cui solo l'impresa beneficiaria o lo Stato potrebbero disporre. Al contrario, i dati necessari per un'analisi del genere sono tipicamente elementi di cui un'impresa che opera, o che intende operare, sul mercato in questione dovrebbe aver conoscenza¹³⁴.

Ricondotta in questi termini l'ambigua «*fuga in avanti*» della Corte, può, quindi, essere depotenziata delle rilevanti implicazioni che avrebbe avuto sull'organizzazione stessa dei servizi di interesse economico generale.

Infatti, ritenere «*eccedente*» rispetto ai costi aggiuntivi necessari all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, quella compensazione che non rispetta i requisiti *Altmark* avrebbe nella sostanza significato imporre indirettamente un «*obbligo di gestione efficiente*» dei servizi di interesse economico generale, con tutto ciò che ne consegue in termini di ingerenza da parte delle Istituzioni comunitarie sul potere di organizzazione di tali servizi all'interno degli Stati membri.

Volendo tirare le fila del discorso fin qui svolto sulla portata chiarificatrice della pronuncia *Altmark* può osservarsi come nonostante l'indubbio contributo positivo apportato in funzione di puntualizzazione dell'«*approccio compensazione*», essa non poteva essere considerata completamente soddisfattiva dell'esigenza di definire un coerente quadro di valutazione del rapporto tra la disciplina comunitaria in materia di «aiuti di Stato» e le misure di finanziamento dei servizi di interesse economico generale.

In primo luogo, infatti, i molteplici dubbi interpretativi sulle diverse condizioni previste dal test *Altmark*, rendono non completamente chiare le condizioni in presenza delle quali le misure compensative potevano o meno costituire «aiuti di Stato».

Tale situazione di *oggettiva incertezza del diritto*, espone le imprese incaricate della gestione di SIEG al rischio di essere beneficiarie di illegittime

¹³³ Cfr. Conclusioni dell'AG Tizzano, nella causa *Boiron cit.*, in particolare para 75-76 (enfasi aggiunta).

¹³⁴ *Ibidem*.

compensazioni, erroneamente «non qualificate» come «aiuti di Stato», e di dovere sopportare le conseguenze di tale illegittimità rilevata dinanzi ai tribunali nazionali¹³⁵.

Sotto un diverso angolo visuale, inoltre, la pronuncia *Altmark*, rimanendo incentrata sulla *qualificazione* della misura d'ausilio statale, non fornisce alcuna utile indicazione ai fini della *definizione del rapporto* tra l'articolo 87 para. 1 e la deroga di cui all'articolo 86. para. 2, del Trattato.

In definitiva, dunque, la sentenza *Altmark* lasciava sostanzialmente aperti due problemi: da un lato quello della capacità di consolidamento del quadro analitico entro il quale la Commissione sarebbe stata chiamata ad operare, sotto il controllo della Corte di Giustizia, una «chiara e coerente disciplina del finanziamento dei servizi di interesse economico generale»; dall'altro quello della definizione di un sistema di monitoraggio volto a garantire l'*efficace funzionamento* dell'azione di controllo svolta dalla Commissione ed a prevenire e/o reprimere *indebite applicazioni* della sentenza *Altmark*¹³⁶.

¹³⁵ La particolare delicatezza della questione è, del resto, indirettamente dimostrata dal fatto che la stessa Commissione, che pure nel *Libro Bianco sui Servizi di interesse generale* del 2004 si era proposta di fornire un'«ulteriore chiarificazione delle condizioni nelle quali le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico potrebbero costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1» (Cfr. Libro Bianco sui servizi di interesse generale, cit. para. 4.2), abbia preferito un atteggiamento particolarmente cauto anche nelle più recenti iniziative dedicate al rapporto tra finanziamento dei servizi di interesse economico generale e disciplina sugli aiuti di Stato astenendosi volontariamente dall'affrontare il delicato problema della definizione di linee guida per la corretta qualificazione delle misure d'ausilio in funzione compensativa.

¹³⁶ A tal fine, infatti, non sembra sufficiente fare ricorso alle sole previsioni dettate dal Regolamento CE n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE (in GUCE L 83 del 27 marzo 1999) il cui articolo 10 consente alla Commissione di esaminare «senza indugio le informazioni di cui sia eventualmente in possesso, in merito a presunti aiuti illegali, da qualsiasi fonte esse provengano». Tale previsione, infatti, se pure prefigura la possibilità che la Commissione possa comunque venire a conoscenza delle più rilevanti ipotesi di violazione della disciplina comunitaria grazie all'azione di controllo autonomamente svolta dai soggetti terzi interessati – essenzialmente, dunque, i concorrenti del beneficiario – che si ritengano lesi dall'erogazione dell'aiuto statale, non può essere trasformata nel *principale strumento* del sistema di controllo. Dal punto di vista sistematico, infatti, l'articolo 10 del Regolamento 659/1999 assolve essenzialmente ad una *funzione di chiusura* di un organico sistema di controllo che si basa sul generale obbligo di notifica preventiva sancito dal Trattato. Più opportuno sarebbe avvalersi delle possibilità previste dal Regolamento n. 994/98 del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli articoli 87 ed 88 a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali (in GUCE L 142 del 14 maggio 1998). Con tale Regolamento, il Consiglio sulla base dell'articolo 89 del Trattato, ha abilitato la Commissione ad adottare appositi regolamenti di esenzione per categoria grazie ai quali si può superare il sistema di controllo preventivo fondato sulla notifica degli aiuti da parte degli Stati membri, con un controllo *ex post* del rispetto delle condizioni di ammissibilità definite nei vari regolamenti. Tali regolamenti contengono, infatti, disposizioni che definiscono modalità e condizioni per consentire la funzione di controllo della Commissione e prevedono obblighi di trasmissione e conservazione di informazioni sugli aiuti concessi per facilitarla nel relativo esercizio. Esempi di Regolamenti di esenzione per categoria sono: il cd. Regolamento per aiuti «De minimis» - Regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione, del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore (de minimis) (GUCE n. L 379 del 28/12/2006); il Regolamento (CE) n. 68/2001 della Commissione, del 12 gennaio 2001, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti destinati alla formazione (GUCE n. L 010 del 13/01/2001); il Regolamento (CE) n. 363/2004 della Commissione, del 25 febbraio 2004, recante modifica

7. Il cd. “Pacchetto di misure” del luglio 2005.

Nel luglio del 2005, la Commissione ha adottato un «pacchetto di misure» per fornire maggiore certezza del diritto nel settore del finanziamento dei servizi di interesse generale. Questo pacchetto di misure è composto dalla una Decisione 2005/842/CE sull'applicazione dell'articolo 86, para 2 agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale¹³⁷ (di seguito: la *Decisione*); dalla Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico¹³⁸ (di seguito: la *Disciplina*); e dalla Direttiva della Commissione di modifica della disciplina in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati e imprese pubbliche¹³⁹ (di seguito: la *Direttiva*). La Decisione 2005/842/CE si applica all'esercizio di attività economiche; ciò significa che sono escluse dal suo ambito di applicazione le misure di ausilio concesse a soggetti che non esercitano attività *economicamente rilevanti*, quali, ad esempio, i sistemi obbligatori di previdenza sociale, l'istruzione di base, ecc¹⁴⁰.

L'articolato normativo afferma espressamente di non pregiudicare la libertà riconosciuta agli Stati membri in ordine alla *definizione del servizio pubblico* da garantire, alla *scelta di sostenerne finanziariamente gli oneri* ed alla *determinazione del relativo livello di impegno*. L'obiettivo dell'intervento è, quindi, quello di evitare che gli Stati membri concedano delle

del regolamento (CE) n. 68/2001 della Commissione relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti destinati alla formazione (GUCE n. L 063 del 28/02/2004) il Regolamento (CE) n. 1976/2006 della Commissione del 20 dicembre 2006, che modifica i regolamenti (CE) n. 2204/2002, (CE) n. 70/2001 e (CE) n. 68/2001 per quanto riguarda la proroga dei periodi di applicazione (GUCE n L 368 del 23/12/2006).

¹³⁷ Cfr. Decisione 2005/842/CE della Commissione del 28 novembre 2005 riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (2005/842/CE), in GUCE L 312 del 29 novembre 2005. La base giuridica utilizzata per l'adozione della Decisione 2005/842/CE è l'articolo 86. 3 del Trattato è che consente alla Commissione di precisare agli Stati membri gli obblighi loro incombenti in forza del Trattato.

¹³⁸ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2005/C 297/04), in GUCE C 297 del 29 novembre 2005.

¹³⁹ Direttiva 2005/81/CE della Commissione del 28 novembre 2005 che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, in GUCE L 312 del 29 novembre 2005.

¹⁴⁰ Sempre in riferimento all'ambito di applicazione, va inoltre, precisato che nel settore dei trasporti marittimi la Decisione si applica soltanto «agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico, concessi ad imprese relativamente ai servizi d'interesse economico generale di cui all'articolo 86, paragrafo 2, del trattato, che soddisfano le disposizioni del regolamento (CEE) n. 2408/92 e del regolamento (CEE) n. 3577/92, ove applicabili» (Cfr. art. 2, para. 2 della Decisione 2005/842/CE). Restano, invece, completamente esclusi dall'ambito di applicazione della Decisione «gli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico concessi ad imprese del settore dei trasporti terrestri».

«sovracompensazioni» e che i beneficiari effettuino dei sussidi incrociati tra attività di servizio pubblico ed attività liberalizzate¹⁴¹.

In coerenza con l'orientamento giurisprudenziale, la Decisione precisa che in presenza dei cd. requisiti *Altmark*, la misura d'ausilio non costituisce un «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1 del Trattato e sfugge all'applicazione della relativa disciplina.

Tuttavia, dal momento che i requisiti *Altmark* sono molto stringenti, soprattutto in considerazione dell'ancora limitato ricorso a procedure competitive per la selezione dell'impresa incaricata della gestione del SIEG e/o della difficile verificabilità della comparabilità tra i costi dell'impresa beneficiaria della compensazione e quelli di «un'impresa media, gestita in modo efficiente», la Decisione offre una soluzione pragmatica al problema del regime cui assoggettare *alcune* compensazioni che non rispettano i requisiti previsti da *Altmark*, ma che non sono comunque ritenute particolarmente problematiche dal punto vista comunitario¹⁴².

La Decisione definisce una serie di condizioni in presenza delle quali le compensazioni che pure sono qualificabili come «aiuti di Stato» devono essere ritenute «compatibili con il Trattato» ed esonerate dall'obbligo di notifica preventiva alla Commissione.

L'utilizzo di tale sistema evita dunque l'effettuazione di una notevole mole di controlli su compensazioni erogate da autorità locali o regionali per la prestazione di servizi di interesse generale, e consente di concentrare l'attenzione su quelle compensazioni che presentano maggiori rischi di distorsività.

Il regime di esonero dalla notifica si applica a quelle compensazioni che sono contenute al di sotto di una duplice soglia quantitativa: una relativa all'ammontare dell'importo elargito a titolo di compensazione (che deve essere inferiore ai 30 milioni di € annui), l'altra relativa al fatturato del beneficiario che non deve superare i 100 milioni di € annui nei due esercizi

¹⁴¹ Le prime, infatti, in quanto attribuiscono alle imprese beneficiarie degli importi maggiori dei costi effettivamente sostenuti risultano di per sé non necessarie al funzionamento del servizio e sono al di fuori dell'ambito di ammissibilità della deroga prevista dall'articolo 86 para 2. Tali ausili, ove concessi, costituiscono un aiuto di Stato incompatibile con il Trattato e sono soggetti all'obbligo di restituzione allo Stato medesimo. Del pari incompatibile con il Trattato e soggetta all'obbligo di rimborso, deve essere ritenuta la compensazione che, concessa all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale, sia stata da questa «distratta» da tale destinazione ed utilizzata per operare su un altro mercato. Nella Decisione 2005/842/CE del 28 novembre 2005, in GUCE 29 novembre 2005, L312/67, al tredicesimo considerando, la Commissione ha affermato che, ai fini della garanzia del rispetto del requisito di necessità/proporzionalità della compensazione al costo degli obblighi di servizio pubblico, devono essere previste delle disposizioni relative al calcolo e al controllo dell'importo della compensazione versata e spetta agli Stati membri la regolare verifica dell'assenza di sovracompensazioni. Tali meccanismi di controllo, verifica e rendicontazione, non devono tuttavia essere applicati in maniera eccessivamente rigida in quanto alcuni margini di flessibilità sono previsti per sovracompensazioni che non superino il 10% della compensazione annua che possono essere riportate al periodo successivo.

¹⁴² Per un primo commento alla disciplina comunitaria si veda SVANE L.P., *Public service compensation in practice: Commission package on State aid for Services of General Economic Interest*, in Competition Policy Newsletter, n. 3, 2005.

precedenti a quello del conferimento del servizio d'interesse economico generale¹⁴³.

Per le compensazioni che soddisfano i requisiti previsti dalla Decisione e che comunque *non devono eccedere il costo* della prestazione del servizio, la Commissione ritiene che lo sviluppo degli scambi non risulti pregiudicato «in misura contraria agli interessi della Comunità». Resta quindi, fuori quadro ogni valutazione del «livello di efficienza» del soggetto che fornisce il servizio di interesse generale.

La Decisione detta, inoltre, specifiche disposizioni relative: a) al conferimento della responsabilità di gestione del SIEG.; b) all'ammontare della compensazione concessa; c) al controllo dell'assenza di sovracompensazione; d) ed agli obblighi informativi incombenti agli Stati membri.

Relativamente al *conferimento*, l'articolo 4 prevede che la responsabilità di gestione dei SIEG deve essere stata conferita mediante uno o più atti ufficiali nei quali sia indicata: la natura e la durata degli obblighi di servizio pubblico, le imprese e l'ambito territoriale interessato, la natura e tipologia dei diritti speciali o esclusivi eventualmente accordati, i parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione che consentano di evitare che le sovvenzioni accordate diano luogo a sovracompensazioni e le

¹⁴³ La soglia di 30 milioni di € deve essere determinata considerando una media annuale che rappresenti gli importi delle compensazioni concesse nel corso del contratto o in un periodo di cinque anni. Per gli enti creditizi, la soglia di 100 milioni di € di fatturato è sostituita da una soglia di 800 milioni di € del totale dello stato patrimoniale. Tale duplice soglia non si applica comunque alle compensazioni per l'edilizia popolare e per gli ospedali che sono ritenute sempre compatibili con il Trattato indipendentemente dal loro ammontare. In relazione a tali attività, infatti, viene riconosciuta la peculiarità delle caratteristiche che le contraddistinguono, in particolare per quanto concerne il fatto che «nella fase attuale di sviluppo del mercato interno, il livello di distorsione della concorrenza in questi settori non è necessariamente proporzionale al livello del fatturato e della compensazione. Di conseguenza, gli ospedali che forniscono cure mediche, compresi, ove del caso, servizi di emergenza e servizi secondari direttamente connessi alle attività principali, in particolare nel settore della ricerca, e le imprese aventi incarichi di edilizia popolare che forniscono alloggi a cittadini o gruppi sociali più svantaggiati, che non sono in grado di trovare un alloggio a condizioni di mercato a causa di limiti a livello di solvibilità, dovrebbero beneficiare...[qualora i servizi che forniscono siano definiti servizi d'interesse economico generale dagli Stati membri]...dell'esenzione dalla notificazione prevista dalla presente decisione, anche se l'importo della compensazione che ricevono supera le soglie da essa stabilite». Nella Decisione si prevede dunque all'articolo 6 che «Nel settore dell'edilizia popolare, gli Stati membri eseguono o fanno eseguire controlli regolari a livello di singola impresa per garantire che le imprese non ricevano una compensazione eccessiva rispetto all'importo stabilito ai sensi dell'articolo 5» che «qualsiasi sovracompensazione può essere riportata al periodo seguente, fino ad un massimo del 20% della compensazione annua, a condizione che l'impresa interessata gestisca soltanto servizi d'interesse economico generale». Va altresì rilevato che la Decisione prevede specifiche soglie dimensionali anche relativamente al settore dei trasporti, stabilendo che essa si applica alle compensazioni per obbligo di servizio pubblico «concesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole e con traffico annuale medio non superiore a 300.000 passeggeri nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio d'interesse economico generale» (art. 2 para 1, let. c) ed a quelle «concesse a aeroporti e porti con un traffico annuale medio non superiore a 1.000.000 passeggeri per gli aeroporti e a 300.000 passeggeri per i porti nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio d'interesse economico generale» (art. 2 para 1, let. d).

modalità attraverso le quali procedere al rimborso delle sovracompensozioni nel caso in cui esse si dovessero verificare.

Al fine di determinare l'*ammontare della compensazione*, l'articolo 5 della Decisione definisce una serie di misure atte a garantire che questa non superi i costi necessari per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, facendo comunque salva la possibilità per l'impresa incaricata di realizzare «un margine di utile ragionevole».

Avendo di mira l'obiettivo di migliorare la certezza del diritto in tale delicato settore, la Commissione si preoccupa di chiarire il significato di alcuni concetti – «ragionevole profitto», «costi ammissibili», «ricavi», – in relazione ai quali erano emerse delle controversie interpretative in sede di analisi di specifici casi.

Ad esempio, in ordine alla *ragionevolezza* del margine di utile, si afferma che la relativa valutazione deve essere condotta raffrontando il tasso di remunerazione del capitale dell'impresa con il tasso medio rilevato nel settore interessato nel corso degli ultimi anni, tenendo in considerazione il rischio (o l'assenza di rischio) che l'impresa sopporta.

La Commissione, inoltre, precisa che quando non risulti possibile effettuare tale comparazione perché nel settore interessato non esiste nessun'altra impresa che possa essere raffrontata con quella cui è stata affidata la gestione del SIEG, il *confronto* può essere operato con *imprese situate in altri Stati membri o che siano attive in altri settori economici*, ovviamente tenendo in opportuna considerazione le caratteristiche specifiche che connotano i settori e/o gli ambiti oggetto di raffronto.

Particolare importanza assume la questione della *corretta imputazione* dei costi connessi all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico¹⁴⁴.

A tal fine, nella Decisione viene esplicitato che nel caso in cui l'impresa beneficiaria della compensazione eserciti esclusivamente attività di interesse economico generale, possono essere presi in considerazione *tutti i suoi costi*, mentre quando l'impresa incaricata della gestione del SIEG eserciti anche altre attività economiche, per la determinazione dell'ammontare della compensazione, devono essere presi in considerazione i soli costi relativi al servizio di interesse generale imputando a quest'ultimo «tutti i costi variabili» connessi alla fornitura del servizio ed un «contributo proporzionato» dei costi fissi comuni sia alle attività di interesse generale che alle altre attività.

Funzionale a garantire un efficace controllo di tali previsioni si rivela la previsione di cui all'articolo 5, paragrafo 5, in base alla quale qualora un'impresa svolga sia attività che rientrano nell'ambito del servizio d'interesse economico generale che attività che ne esulano, dalla contabilità

¹⁴⁴ La Decisione, in linea con la prassi seguita nelle vicende post *Altmark*, si è astenuta dall'imporre espressamente alcun requisito di efficienza all'impresa incaricata di prestare il SIEG nella valutazione dei costi ammissibili per la compensazione. Va comunque rilevato che la Commissione, nel prevedere che gli Stati membri quando determinano il livello di «reasonable profit» possano introdurre anche *criteri incentivanti* basati sul *livello del servizio* prestato e sul *guadagno di efficienza*, sembra fare un timido tentativo di introdurre il profilo efficientistico anche nell'ambito di una valutazione di compatibilità di una misura di compensazione effettuata in base alla deroga di cui all'articolo 86 para 2 del Trattato.

interna devono risultare «distintamente i costi e i ricavi derivanti dal servizio di interesse economico generale e quelli degli altri servizi, nonché i parametri di imputazione dei costi e delle entrate»¹⁴⁵.

Per quanto riguarda i costi connessi ad investimenti in infrastrutture si stabilisce che anche essi debbano essere tenuti in considerazione quando la loro effettuazione risulti necessaria per garantire il corretto funzionamento del servizio di interesse generale.

Va comunque rilevato come la Decisione non abbia espressamente chiarito se in sede di valutazione del *livello dei costi* che possono essere compensati sia o meno possibile utilizzare come parametro di riferimento imprese operanti in differenti mercati geografici rispetto a quello in cui l'impresa incaricata fornisce il servizio di interesse economico generale.

Tuttavia, sul punto può rilevarsi come dal momento che la Commissione non ha sollevato alcuna obiezione teorica o pratica in relazione alla possibilità che imprese operanti in diversi contesti geografici possano essere utilizzate come termini di riferimento i fini della determinazione del «ragionevole profitto», analogo discorso dovrebbe valere in riferimento alla possibilità di prendere come *benchmark* anche la «*well-run undertaking*» operante in diversi contesti geografici per la determinazione dell'appropriato livello dei costi ammissibili a compensazione.

In tema di ricavi si stabilisce che tutti i vantaggi accordati dallo Stato o mediante risorse statali devono essere considerati come «compensazione» e che per l'individuazione del «margine di utile ragionevole» deve tenersi conto, in tutto o in parte, degli aumenti di produttività realizzati dalle imprese beneficiarie in un predeterminato periodo di tempo senza sacrificare il livello qualitativo del servizio di interesse generale. Nelle «entrate» da prendere in considerazione vanno quindi inclusi anche gli eventuali altri «vantaggi» o «profitti superiori al margine di utile ragionevole» di cui l'impresa beneficia in virtù dell'attribuzione di «diritti speciali o esclusivi concessi ad un altro servizio di interesse economico generale».

L'articolo 5, para 3, riconosce, poi, agli Stati membri la possibilità di scegliere se finanziare/compensare gli obblighi di servizio pubblico ricorrendo a sussidi incrociati tra «gli utili percepiti da altre attività diverse da quelle del servizio d'interesse economico generale» che possono essere destinati in tutto o in parte al finanziamento degli obblighi di servizio pubblico affidati.

Infine, la Decisione impone agli Stati membri degli specifici *obblighi informativi* riguardanti la messa a disposizione, per un periodo di almeno dieci anni, di tutti gli elementi di valutazione utili a stabilire se le compensazioni concesse sono compatibili con il sistema da essa delineato. Gli Stati sono tenuti, inoltre, a trasmettere, su richiesta della Commissione, tutte le informazioni da essa ritenute necessarie ai fini della verifica di conformità delle compensazioni concesse con il regime delineato dalla Decisione.

¹⁴⁵ I costi attribuiti ad eventuali attività diverse dal servizio d'interesse economico generale devono coprire tutti i costi variabili, un contributo adeguato ai costi fissi comuni e una remunerazione adeguata dei capitali propri.

Per le compensazioni che non soddisfano i requisiti previsti dalla Decisione 2005/842/CE, la Commissione ha definito il quadro dei principi cui essa si atterrà nella valutazione di compatibilità di una misura compensativa ex articolo 86 para 2, nella Disciplina adottata unitamente alla Decisione¹⁴⁶.

Dal punto di vista della disciplina di carattere sostanziale, può rilevarsi come le previsioni della Decisione e quelle della Disciplina presentino una pressoché identica formulazione testuale. Di conseguenza, le considerazioni svolte sulle disposizioni della Decisione relative, ad esempio, alla definizione degli obblighi di servizio pubblico, al contenuto dell'incarico dell'impresa che fornisce il SIEG, all'ammontare della compensazione ammissibile, ecc., possono ritenersi riferite anche alle corrispondenti previsioni contenute nella Disciplina.

Nonostante la sostanziale somiglianza tra i due articolati normativi, va però osservato come in relazione ad alcune specifiche questioni vi siano delle differenze di qualche rilievo.

L'approccio della Disciplina in ordine al trattamento delle sovracompensozioni ed alla possibilità di *spalmare* il relativo ammontare su un arco temporale più lungo risulta più flessibile rispetto alla previsione contenuta nella Decisione¹⁴⁷.

Sempre in tema di sovracompensozione e di sussidi incrociati va poi richiamata la possibilità ammessa dal paragrafo 22 della Disciplina – ed esclusa, invece, dall'articolo 5 della Decisione – di utilizzare «una sovracompensozione...per finanziare un altro servizio di interesse economico generale gestito dalla stessa impresa» a condizione che il trasferimento risulti dalla contabilità dell'impresa e sia effettuato in conformità ai principi ed alle norme, tanto di carattere sostanziale che procedurale, relative agli aiuti di stato.

L'eventuale sovracompensozione non può, invece, rimanere nella disponibilità delle imprese sul presupposto che l'ausilio sarebbe comunque compatibile con il Trattato in base ad altre ipotesi di deroga, come, ad esempio, aiuti ambientali, aiuti all'occupazione, ecc.¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Da rilevare che in base a quanto previsto dal para 2 della Disciplina, il quadro di valutazione da essa delineato non si applica tuttavia nel settore dei trasporti ed al servizio pubblico radiotelevisivo. Per quest'ultimo la disciplina è contenuta nella *Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato al servizio pubblico radiotelevisivo*, in GUCE C 320 del 15 novembre 2001.

¹⁴⁷ Sia la Decisione (art. 6) che la Disciplina (para 21) consentono infatti di riportare all'anno successivo la sovracompensozione, che comunque non deve superare il 10% dell'importo della compensazione annua. Tuttavia, nella Disciplina, si prevede anche che «alcuni servizi di interesse economico generale possono avere costi con una notevole variabilità annuale, in particolare per quanto riguarda investimenti specifici. In questo caso, una sovracompensozione eccezionale superiore al 10 % per determinati anni può risultare necessaria per il funzionamento del servizio di interesse economico generale. La situazione specifica che può giustificare una sovracompensozione superiore al 10% deve essere spiegata nella notifica alla Commissione. È opportuno tuttavia che venga effettuata una verifica ad intervalli regolari adeguati a ciascun settore di attività e che non dovrebbero in ogni caso superare i quattro anni. L'eventuale sovracompensozione rilevata al termine di tale periodo deve essere restituita». (para 21).

¹⁴⁸ Cfr. Disciplina comunitaria, cit., para 23.

La Disciplina specifica, inoltre, che quelle compensazioni il cui importo eccede gli oneri supplementari derivanti dall'adempimento di obblighi di servizio pubblico, o che sono utilizzate dall'impresa beneficiaria per effettuare operazioni di sussidiatura incrociata tra attività di servizio pubblico e attività svolte in mercati concorrenziali o di recente apertura a processi di liberalizzazione, sono ritenute *ingiustificate* e non compatibili con il Trattato, e ove siano state erogate, sono soggette all'obbligo di restituzione.

Da rilevare che la Disciplina precisa che la dichiarazione di compatibilità delle compensazioni con il Trattato è subordinata, da un lato, all'effettiva necessità di questi ausili finanziari per la gestione dei servizi di interesse generale e, dall'altro, «all'assenza di pregiudizio dello sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità», riaffermando, dunque, l'importanza e la centralità del ruolo della Commissione nel garantire l'*interesse comunitario* in relazione al finanziamento dei SIEG.

Infine, è prevista anche la possibilità di fare ricorso, ai sensi dell'articolo 7, para. 4, del Regolamento CE n. 659/1999¹⁴⁹, ad una decisione condizionata di compatibilità con il mercato comune «per garantire che gli aiuti concessi alle imprese interessate non diano luogo a sovracompensazioni». A tal fine, si prevede altresì che con la decisione di compatibilità possono essere imposte la presentazione di «relazioni periodiche, o altri obblighi, in funzione della situazione specifica di ogni servizio di interesse economico generale».

Riassumendo, quindi, il regime per le compensazioni per obblighi di servizio pubblico è il seguente.

Le compensazioni che rispettano le condizioni stabilite dalla «giurisprudenza *Altmark*» non costituiscono «aiuti di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1 e quindi non sono assoggettate ad alcun obbligo di notifica preventiva alla Commissione ed al conseguente *obbligo di stand still*. Le compensazioni che non rispettano le condizioni stabilite dalla giurisprudenza *Altmark* costituiscono «aiuti di Stato» e sono assoggettate alla relativa disciplina sostanziale e procedurale.

Tuttavia, nell'ambito della categoria occorre distinguere le compensazioni cui si applica la Decisione 2005/842/CE da quelle che invece ne sono escluse. Nel primo caso, le compensazioni sono qualificate come «aiuti di Stato», ma *ex lege* riconosciute *compatibili* con il Trattato ai sensi dell'articolo 86, para 2 del Trattato e sono pertanto esentate dall'obbligo di notifica preventiva. Nella seconda ipotesi, invece, le compensazioni devono essere notificate alla Commissione che ne deve valutare l'eventuale compatibilità in base all'articolo 86, para 2¹⁵⁰. In tali casi, dunque, si applica

¹⁴⁹ Cfr. Regolamento del Consiglio del 22 marzo 1999, n. 659, in GUCE, L 83, del 27 marzo 1999.

¹⁵⁰ La differenza tra le due situazioni è quindi molto rilevante: nella prima, siamo di fronte ad una sorta di compatibilità *ex-lege*, in cui l'intervento della Commissione, oltre ad essere solo eventuale è comunque sempre di tipo *ex-post* e si associa all'esercizio di una funzione di controllo limitata alla semplice verifica della sussistenza delle condizioni stabilite nella Decisione. Nel secondo caso, invece, il controllo è di tipo preventivo e si associa ad un ampio potere discrezionale in relazione ad una misura di compensazione può essere dichiarata compatibile con il mercato comune. In sostanza, il doppio regime previsto richiama quello che

il regime generale previsto dal Trattato per i cd. «nuovi aiuti» basato su precisi obblighi procedurali che impongono l'obbligo di notifica preventiva e di non attuazione (*stand still*) della misura d'ausilio fino all'eventuale pronunciamento positivo della Commissione circa la sua compatibilità con il Trattato.

Le previsioni contenute sia nella Decisione che nella Disciplina in ordine alla preventiva definizione dei parametri in base ai quali dovrà essere calcolata la compensazione, alla necessità di evitare l'attribuzione di sovracompenzazioni alle imprese incaricate della gestione del SIEG, risultano dunque funzionali alla prevenzione di distorsioni della concorrenza.

Dal momento che nessuna norma del Trattato né tanto meno la disciplina in tema di aiuti di Stato pone un divieto per il soggetto beneficiario di compensazioni per obblighi di servizio pubblico di svolgere anche attività economiche diverse da gravate da tali oneri, la definizione di un sistema di rendicontazione contabile trasparente assume fondamentale importanza al fine di evitare indebiti sussidi incrociati.

La presenza di situazioni complesse legate alla diversità della natura – pubblica o privata – delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, all'eterogeneità delle attività che possono essere esercitate da una singola impresa, alle asimmetrie nei processi di liberalizzazioni delle attività di interesse generale nei vari Stati membri, rendono dunque necessario avere accesso ad informazioni dettagliate sulla struttura finanziaria ed organizzativa interna di tali imprese.

A tal fine, viene in rilievo la disciplina prevista dalla cd. *Direttiva sulla trasparenza* delle relazioni finanziarie tra lo Stato ed alcune particolare tipologie di imprese¹⁵¹. Per quanto più direttamente interessa in questa sede, va rilevato che la Direttiva individua come «impresa soggetta all'obbligo di tenere una contabilità separata», ogni impresa che fruisca di diritti speciali o esclusivi riconosciuti da uno Stato membro a norma dell'articolo 86, para 1, del Trattato o sia incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale a norma dell'articolo 86, para 2, che «riceva compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi e che eserciti anche altre attività» (articolo 2, let. d)¹⁵².

La Direttiva dispone che dalla contabilità delle imprese soggette agli obblighi di trasparenza contabile deve risultare correttamente la relativa

si è andato definendo nel generale sistema del controllo degli aiuti di Stato in seguito all'adozione del Regolamento del Consiglio 994/98 con il quale la Commissione è stata autorizzata ad emanare dei regolamenti di esenzione per categoria per alcune tipologie di aiuti di Stato per le quali si è riconosciuta la compatibilità *ex-lege*, superando il sistema di notifica preventiva, l'obbligo di *stand-still* e l'autorizzazione costitutiva della Commissione.

¹⁵¹ Cfr. la Direttiva della Commissione del 25 giugno 1980, 80/723/CEE, in seguito più volte modificata e da ultimo codificata nel 2006 con l'adozione della Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006, in GUCE L 318 del 17 novembre 2006, *relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*.

¹⁵² La Direttiva 2006/111/CE detta una disciplina di carattere generale che non si applica a questi soggetti che sono tenuti al rispetto di «specifici obblighi di separazioni contabile» in virtù di regolamentazioni di carattere settoriale. La Direttiva, inoltre, non si applica alle imprese le cui attività siano limitate alla sola prestazione di servizi di interesse economico generale e che non esercitino attività alcuna al di fuori dei suddetti servizi.

struttura finanziaria ed organizzativa in modo da fare emergere in maniera chiara i costi e i ricavi relativi alle distinte attività ed i metodi con i quali tali costi e ricavi sono imputati o attribuiti alle distinte attività¹⁵³.

Da rilevare, infine, che l'articolo 5, para 2, let. c) della Direttiva trasparenza ricomprende tra le ipotesi che consentono un'esclusione dall'obbligo di tenere una contabilità separata «le imprese che siano state incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato, ove *le compensazioni che ricevono in qualsivoglia forma siano state fissate per un periodo appropriato con una procedura pubblica, trasparente e non discriminatoria*»¹⁵⁴.

Tale ultima previsione costituisce dunque un altro esempio del *favor* espresso dalla Commissione verso un modello di organizzazione, gestione e finanziamento dei servizi di interesse economico generale basato su procedure competitive di selezione del soggetto incaricato della missione di interesse generale.

Dopo aver illustrato gli aspetti principali del «pacchetto di misure» del luglio del 2005, merita effettuare alcune considerazioni sull'impatto da questo avuto in termini di chiarificazione della disciplina applicabile al finanziamento dei servizi di interesse economico generale.

A poco più di due anni dalla sua adozione permangono ancora diversi dubbi sul rapporto tra disciplina sugli «aiuti di Stato» e compensazioni per obblighi di servizio pubblico, come è stato di recente riconosciuto dalla stessa Commissione nel *Working Document* del novembre 2007¹⁵⁵.

¹⁵³ Al riguardo, si veda in particolare l'articolo 4 della Direttiva il quale prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché in ogni impresa soggetta alle previsioni della Direttiva trasparenza: i conti interni corrispondenti alle diverse attività siano separati; i costi e i ricavi siano correttamente imputati o attribuiti sulla base di principi di contabilità dei costi applicati in modo coerente e obiettivamente giustificati; i principi di contabilità dei costi secondo i quali vengono tenuti conti separati siano chiaramente definiti.

¹⁵⁴ Cfr. Direttiva trasparenza, cit. articolo 5, para 2, in cui si prevede l'esclusione dall'obbligo di tenere una contabilità separata anche le imprese la cui prestazione di servizi non sia atta ad incidere sensibilmente sugli scambi tra gli Stati membri (let. a) e le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale il cui fatturato netto totale annuo sia stato inferiore a € 40 milioni negli ultimi due esercizi finanziari precedenti (let. b).

¹⁵⁵ Cfr. Commission Staff Working Document - Provisional Version - *Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation*, Brussels, SEC(2007)1516, disponibile al http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/faq_sieg_en.pdf. In tale documento, la Commissione ha ricordato come in seguito alla pubblicazione della Comunicazione sui *Servizi Sociali di Interesse Generale* dell'aprile 2006 (Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: I servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, COM (2006) 177 def. SEC(2006) 516) molti dei contributi pervenuti abbiano formulato diverse domande in ordine all'applicazione del quadro normativo sul finanziamento dei servizi di interesse generale. In tale linea di ragionamento, viene affermato che il working document «...intend to offer to public authorities, practitioners, business and citizens an additional guidance on how to interpret and apply the EU rules in the area. The purpose of this Staff Working Paper is to provide in a concise and accessible way answers to the practical questions that, in light of the experience gained over the past two years, have been most frequently asked by stakeholders....The following

In tale documento, la Commissione si è soffermata su alcune specifiche problematiche sorte in fase di implementazione della disciplina, fornendo indicazioni e delucidazioni su aspetti di particolare rilievo tra i quali è possibile richiamare: la conferma dell'obbligo di notifica degli aiuti di importo superiore alle soglie di esenzione stabilite dalla Decisione 2005/842/CE; la definizione delle caratteristiche dell'«atto di incarico», l'individuazione dei parametri per la determinazione delle compensazioni ammissibili, gli obblighi di trasparenza e di separazione contabile, la rilevanza delle valutazioni di efficienza degli erogatori di servizi di interesse generale, ecc.

Al di là dell'effetto di *ulteriore chiarificazione* di quest'ultimo documento, così come di altri futuri interventi preannunciati dalla Commissione¹⁵⁶, deve rilevarsi come una compiuta valutazione della disciplina del finanziamento dei servizi di interesse economico generale contenuta nel cd. «pacchetto del luglio 2005» non possa prescindere da un inquadramento delle relative misure alla luce delle esigenze di rinnovamento della Politica comunitaria in materia di «aiuti di Stato» espresse nel *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato*¹⁵⁷. Ed è proprio a tale tema che ora si rivolgerà l'attenzione.

8. Riforma della Politica comunitaria in materia di aiuti di Stato e prospettive di applicazione decentrata nello *State Aid Action Plan*.

Le considerazioni effettuate sul rapporto tra disciplina degli aiuti di Stato e finanziamento degli obblighi di servizio pubblico si inseriscono nel più ampio tema della relazione tra servizi di interesse (*economico*) generale ed applicazione delle disposizioni comunitarie sulla concorrenza.

A livello europeo, il dibattito politico sulla disciplina dei SIEG è sempre più acceso e fa registrare divisioni tra chi ne auspica un più ampio assoggettamento all'*ordinario regime concorrenziale* previsto per le altre attività economiche e quanti, invece, sottolineano l'opportunità di riconoscerne le peculiari caratteristiche e di definirne una più estesa disciplina derogatoria¹⁵⁸.

questions and replies mainly refer to social services of general economic interest and transport, but are largely applicable to other SGI».

¹⁵⁶ Cfr. Commission Staff Working Document – Provisional Version – *Frequently asked questions*, cit. «The Commission services intend to update this Paper on a regular basis when new issues arise, notably through the Interactive Assistance Service that the Commission services will put in place at the disposal of stakeholders concerning the application of competition and internal market rules on SGEI...».

¹⁵⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione SEC(2005)795 *Piano di Azione nel settore degli Aiuti di Stato: Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*.

¹⁵⁸ Tra i molti contributi che si sono occupati del tema, si vedano PERFETTI L.R., *I servizi di interesse economico generale ed i servizi pubblici*, in Riv. It. dir. pub. Com., 2001, p. 479 e ss.; AMMANNATI L., *Servizi pubblici e privatizzazioni*, in *I servizi pubblici in ambiente europeo*, a cura di MASSERA A., Pisa, 2001; NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; MERUSI, F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, «Annuario 2001», Giuffrè, Milano, 2002, p. 63 ss; PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. (L'impresa di*

In tale linea di ragionamento, si può anche rilevare come in riferimento ad alcune delle più recenti iniziative intraprese dalle Istituzioni comunitarie si siano andate definendo due *chiavi di lettura* per la ricostruzione dell'evoluzione del sistema politico comunitario.

Secondo una prima impostazione, da qualche anno si starebbe delineando una nuova tendenza del sistema politico comunitario in virtù della quale, senza arrivare a superare l'importanza della «politica del mercato» e del sistema delle regole tramite le quali viene preservato e promosso il relativo assetto concorrenziale, si viene progressivamente a determinare un «processo di adattamento» di queste specifiche previsioni a vantaggio di altre «politiche comunitarie»¹⁵⁹.

gestione di servizi pubblici locali), Giuffrè, Milano, 2001, p. 296 ss; VILLATA R., *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 32; CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in Riv. trim. dir. pub., 2003, p. 95 ss.; SCOTTI E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003, p. 152; MARCOU G., *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di BRANCASI A., il Mulino, Bologna, 2003, p. 324; SORACE D., *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in Dir. pub., 2004, p. 1018 ss.

¹⁵⁹ Per quanto più direttamente riguarda il tema degli aiuti di Stato è stato rilevato come un segnale di tale nuova tendenza del sistema comunitario potrebbe essere rivenuto nell'evoluzione della normativa in materia di aiuti di Stato che vede l'affermazione per vari settori di ampie deroghe alla disciplina del Trattato in termini di esenzioni dell'obbligo di notifica prescritto dall'articolo 88. Al riguardo, si veda BUZZACCHI C., *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in Il diritto dell'economia, n.3/4-2004, p. 623 e ss., dove si rileva che «gli esempi più significativi riguardano i settori dell'occupazione e dei SIEG, rispetto ai quali gli interventi agevolativi degli Stati nazionali vengono in misura crescente considerati compatibili con il mercato, in funzione della promozione di interessi che non troverebbero coronamento per effetto dei semplici meccanismi di mercato». Tale evoluzione rappresenta dunque il tentativo di conferire all'ordinamento comunitario una dimensione ed una natura più complete perché fondate su valori che non sono solo quelli dell'efficienza del mercato e degli scambi. In tale linea di ragionamento, l'ordinamento comunitario sembrerebbe mostrare un atteggiamento di maggiore flessibilità nell'ammettere «una riemersione dell'intervento pubblico nazionale nell'economia.....che pur alterando in qualche misura il gioco concorrenziale, consen[te] tuttavia la realizzazione di obiettivi di riduzione della discriminazione e di eguaglianza sostanziale, che il sistema politico e giuridico europeo non può più permettersi di lasciare in secondo piano». Tale tendenza «non implica comunque il venir meno dei principi e delle regole dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, quanto piuttosto la ricerca di un temperamento di tali principi laddove si dovessero dimostrare incapaci di garantire servizi di interesse generale a condizioni economicamente e socialmente accettabili». Sul punto si veda anche SCOTTI E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in Foro Amm.-Cons. Stato, 2003, p. 3222, secondo cui l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle condizioni di applicazione dell'articolo 86, para 2, afferiscono «non più alla tradizionale idea dell'eccezione alle regole di concorrenza, ma al diverso principio – espressione di un più recente assetto che attrae il servizio pubblico tra i valori europei – dell'indipendenza del regime giuridico...rispetto a quello delle libertà economiche...Emergono, pertanto, in relazione ai servizi pubblici, non più solo forme e limiti della tutela del mercato o parametri derogatori, ma, in armonia con l'evoluzione interpretativa dell'articolo 86, para 2, regole di un regime ordinario inteso a garantire il perseguimento di missioni di interesse generale in un'economia ispirata alle regole di mercato...[In tale linea di ragionamento, pertanto, l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria]...concorre a delineare il rapporto tra concorrenza e servizio pubblico, tra mercato ed interessi pubblici, riconoscendo, entro l'area del servizio universale, la prevalenza dell'interesse generale dei cittadini rispetto a quello del mercato».

Secondo altre ricostruzioni, invece, anche nei più recenti interventi delle Istituzioni comunitarie, dovrebbe riconoscersi una sostanziale riaffermazione della «centralità del mercato anche in relazione ai servizi di interesse generale». Nella medesima ottica, si osserva inoltre che «la supremazia del mercato non ammette rivali, ma solo correttivi» e ciò non perché il mercato deve essere considerato come un valore in sé, ma in considerazione dei benefici che si ritiene esso apporti naturalmente allo sviluppo economico¹⁶⁰. Secondo questa prospettiva dunque anche i più recenti orientamenti della Comunità, piuttosto che costituire manifestazione di un diverso atteggiamento verso il mercato, di contrazione della sua forza espansiva, devono essere più verosimilmente ricondotti alla presa d'atto che «la transizione al mercato di attività socialmente rilevanti deve avvenire in un quadro armonizzato di garanzie, secondo criteri di uniformità ed evitando l'introduzione o la sopravvivenza di discipline che costituiscano il pretesto per ingiustificate restrizioni alla concorrenza»¹⁶¹.

Sotto un diverso angolo visuale, si può anche osservare come l'evoluzione dell'approccio utilizzato dalle Istituzioni comunitarie nella valutazione del rapporto tra interventi pubblici in funzione compensativa degli obblighi di

¹⁶⁰ Cfr. CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., il quale osserva come dal mercato «dipende la realizzazione di ogni altro interesse pubblico, incluse le finalità distributive e di coesione». In tale linea di ragionamento, pertanto, egli rileva come «lo Stato regolatore non provvede alla gestione diretta degli interessi, essendogli estraneo ogni modello interventista, ma privilegia la statuizione esterna di regole, secondo principi di neutralità e parità tra tutti i soggetti del mercato. Tale rinuncia agli strumenti di organizzazione e di gestione dei servizi pubblici, viene sostituita dall'accettazione della dinamica competitiva e dal ricorso alla regolazione. Essa, infatti, «anche nella sua accezione sociale, resta una tecnica sussidiaria del mercato, che si caratterizza non per i contenuti, bensì per le modalità di esercizio delle attività ed è corredata da norme condizionali, esterne, e comunque non antagoniste al mercato». Ad avviso dell'A., dunque, anche in quelle ipotesi cui, come nel caso del servizio universale, «il carattere condizionale della disciplina sembra tingersi di coloriture finalistiche, è pur sempre la regolazione a circoscrivere la discrezionalità delle scelte e ad allargare, fin dove possibile, le maglie della disciplina del mercato: i criteri di finanziamento degli obblighi di universalità ed il metodo di scelta dell'impresa titolare confermano l'esigenza del rispetto dei principi di neutralità ed efficienza economica propri dell'equilibrio competitivo. In tale di ragionamento, dunque, la categoria dei servizi di interesse generale «...refluisce nella disciplina succedanea al mercato...[ed] anche quando si risolve in misure non direttamente funzionali all'espansione del mercato, la regolazione di attività private...resta sempre disciplina di attività economiche...[Quindi], una volta venute meno le ragioni che ne giustifica[vano] la sottrazione al regime di concorrenza, l'attività di regolazione cede il passo ai criteri allocativi del mercato». Sul tema della regolazione si vedano LA SPINA A., MAIONE G., *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000, CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, in (a cura di) TESAURO G., D'ALBERTI M., il Mulino, Bologna, 2000; MARZI G., PROSPERETTI L., PUTZU E., *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, il Mulino, Bologna, 2001; MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2001, SORACE D., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2003, p. 337-354; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, parere 20 dicembre 2001, boll. n. 1/2002, in cui si rileva come la regolazione sia giustificata solo «quando i risultati dell'interazione concorrenziale sono carenti rispetto al raggiungimento di specifici obbiettivi di interesse generale».

¹⁶¹ Cfr. CARTEI G. F., *I servizi di interesse economico generale*, op. cit.

servizio pubblico e disciplina degli aiuti di Stato induca ad interrogarsi sul possibile avvio di un processo di modificazione degli ambiti di intervento e dell'incisività dell'azione delle Istituzioni comunitarie nel settore dei servizi di interesse (*economico*) generale.

Sul punto, può, infatti, rilevarsi come ad un più rigido approccio nella *qualificazione* degli interventi compensativi – il cd. «approccio aiuti di Stato» – si associava un certo *self-restraint* sulla definizione operata a livello nazionale degli obblighi di servizio pubblico, sulla scelta di sostenerne finanziariamente gli oneri e sulle *performances* delle imprese sussidiate, maggiormente attento al rispetto delle prerogative nazionali in materia¹⁶².

Il superamento dell'«approccio aiuti di Stato» in favore dell'«approccio compensazione», operato dapprima con la pronuncia *Ferring* e successivamente integrato e precisato dalla sentenza *Altmark*, ha, nella sostanza, definito un regime di valutazione delle modalità di finanziamento dei servizi di interesse generale diverso da quello previsto per gli altri interventi d'aiuto statale, subordinandone l'operatività al rispetto di determinati requisiti di carattere sostanziale e procedurale.

A tale evoluzione, potrebbe associarsi una graduale *propensione* a mettere in discussione le competenze statali *anche* in quegli ambiti nei quali la Comunità si è mossa sempre con particolare cautela: la scelta di qualificare una determinata attività come servizio pubblico¹⁶³, la scelta delle relative modalità di organizzazione e finanziamento, la valutazione comparativa dei livelli di efficienza delle varie imprese, dei loro costi e delle loro *performances*.

Una prima, parziale, conferma della maggiore attenzione riservata alla scelta effettuata a livello nazionale di qualificare una determinata attività come servizio pubblico può essere rinvenuta nella vicenda *Gemo* in cui la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla legge francese che prevedeva l'istituzione di un servizio pubblico obbligatorio per la raccolta e lo

¹⁶² Cfr. ad esempio le considerazioni svolte dal Tribunale di Primo Grado nella vicenda *FFSA*, (sentenza 27 febbraio 1997, in causa T-106/95, Racc. 1997 pagina II-229) dove si è affermato che «la Commissione, in assenza di una normativa comunitaria in materia, non è legittimata a pronunciarsi sui contenuti dei compiti di servizio pubblico incombenti all'esercente pubblico, vale a dire sul livello dei costi connessi a tale servizio, né sull'opportunità delle scelte politiche effettuate al riguardo dalle autorità nazionali, né sull'efficacia economica della Posta nel settore ad essa riservato».

¹⁶³ Cfr. supra para 2, per alcune considerazioni sull'evoluzione dell'approccio comunitario in ordine all'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza nel settore dei servizi di interesse economico generale. Con particolare riferimento alla evoluzione della concezione comunitaria del servizio pubblico si veda DI GASPARE G., *Monopolio e riserva*, Enciclopedia Treccani, *ad vocem*, 1996, Roma, dove si ricorda come «nel diritto comunitario si fosse inizialmente imposta, seppur mai formalmente sancita in atti ufficiali, una concezione del servizio pubblico riconnessa a una qualificazione formale e soggettiva della nozione di impresa pubblica così come operata nelle diverse formulazioni dei singoli diritti nazionali... Questa concezione soggettiva del servizio pubblico aveva trovato un qualche sostegno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, sulla scorta di una interpretazione letterale dell'articolo [86], operava una distinzione tra "esistenza" ed "esercizio" dei diritti esclusivi costituenti situazioni di monopolio, riconoscendo la competenza dello Stato membro per la decisione istitutiva e limitando la competenza comunitaria piuttosto alla verifica delle modalità del suo esercizio in termini di compatibilità con le regole comunitarie della concorrenza».

smaltimento delle carcasse di animali da macellazione, finanziato attraverso una tassa sull'acquisto di carne. Tale servizio era prestato da imprese che erano remunerate dallo Stato sulla base di contratti aggiudicati attraverso procedure competitive in cui erano chiaramente definite la natura delle prestazioni richieste e l'ammontare della relativa remunerazione.

Ciò che rileva di questa vicenda non è tanto la modalità di finanziamento del servizio, ma è la stessa *decisione di istituire un determinato tipo di servizio pubblico*. La Corte ha qualificato tale sistema come «aiuto di Stato», sul presupposto che il finanziamento da parte dello Stato – o comunque attraverso l'utilizzo di risorse pubbliche – non determinava l'attribuzione di un «vantaggio economico» in favore dei soggetti che prestano l'attività direttamente destinataria del finanziamento statale, ma andava a beneficio delle imprese *fruitrici* del servizio pubblico stesso¹⁶⁴.

Nella giurisprudenza successiva *Enirisorse*, la Corte conferma la tendenza a valutare in modo molto attento le condizioni in base alle quali deve essere effettuata una chiara definizione degli obblighi di servizio pubblico, affermando che «se una misura relativa all'attribuzione di una rilevante quota di un tributo, quale la tassa portuale, da parte di uno Stato membro ad un'impresa pubblica non è connessa a una missione di servizio pubblico chiaramente definita e/o se le altre condizioni relative all'intervento dello Stato precisate nella sentenza *Altmark*...non sono rispettate, tale misura deve essere considerata aiuto di Stato ai sensi dell'art 87, para 1, del Trattato, in quanto incide sugli scambi tra Stati membri» (para 40)¹⁶⁵.

In tale linea di ragionamento, la disciplina in tema di aiuti di Stato viene ad essere utilizzata come strumento per la *procedimentalizzazione* degli obblighi di servizio pubblico. Tale sviluppo potrebbe dunque costituire una manifestazione della volontà delle Istituzioni comunitarie di indurre le autorità (ed i giudici nazionali) alla definizione di principi procedurali per garantire il rispetto della non discriminazione e delle regole di concorrenza quando si affidano obblighi di servizio pubblico, in modo da assicurare la trasparenza e congruità delle compensazioni riconosciute. Ciò potrebbe addirittura preludere ad un maggior coinvolgimento della Comunità nella definizione dei contenuti dei SIEG e degli obblighi di servizio pubblico e

¹⁶⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 novembre 2003, in causa C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, c. GEMO SA*, in particolare, para 42. L'AG Stix-Hackl nelle sue Conclusioni ha osservato che «l'applicazione dell'art. 86, para 2, CE presuppone che lo Stato membro definisca il contenuto degli obblighi e dei vincoli imposti nell'ambito dell'affidamento della specifica missione, che, inoltre, questi obblighi siano specifici di tale impresa e delle sue attività, che presentino un nesso con l'oggetto del servizio di interesse economico generale di cui trattasi e che siano direttamente fondati su tale interesse» Cfr. Conclusioni dell'AG STIX-HACKL, presentate il 7 novembre 2002, in cause riunite C-34/01 a C-38/01 *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, para 92.

¹⁶⁵ Corte di Giustizia, sentenza *Enirisorse*, cit. Da rilevare inoltre che L'AG STIX-HACKL nelle sue Conclusioni presentate il 7 novembre 2002 aveva osservato che «l'applicazione dell'art. 86, para 2, CE presuppone che lo Stato membro definisca il contenuto degli obblighi e dei vincoli imposti nell'ambito dell'affidamento della specifica missione, che, inoltre, questi obblighi siano specifici di tale impresa e delle sue attività, che presentino un nesso con l'oggetto del servizio di interesse economico generale di cui trattasi e che siano direttamente fondati su tale interesse» Cfr. Conclusioni dell'AG STIX-HACKL, presentate il 7 novembre 2002, in cause riunite C-34/01 a C-38/01 *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, para 92.

quindi indirettamente favorire la trasformazione delle strutture nazionali deputate alla loro prestazione¹⁶⁶.

In una prospettiva più generale, inoltre, può osservarsi come la *Politica comunitaria degli aiuti di Stato* sia interessata da un processo di riforma i cui esiti avranno delle conseguenze anche sul regime del finanziamento degli obblighi di servizio pubblico. Da qualche tempo, infatti, è in atto una fase di transizione che fa progressivamente venire alla luce alcune di quegli *equivoci di fondo* che hanno contraddistinto fino ad oggi l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di «aiuti di Stato»: le ambiguità nella *concretizzazione* operata dalla Commissione e dalla Corte degli *elementi* che definiscono la nozione di «aiuto di Stato»¹⁶⁷; l'interpretazione sistematica

¹⁶⁶ GROMNICKA E., *Service of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices*, in *European Public Law*, Volume 11, Issue 3, 2005, pp.429-461; BOVIS C.H., *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection*, in *European Law Journal*, Vol. 11, n.1 January, 2005, pp.79-99. Merita di essere rilevato, inoltre, come nelle discipline di settore (si pensi, ad esempio, alla disciplina del settore delle Comunicazioni elettroniche di cui agli articoli 12 e ss. della Direttiva 2002/22/CE) si rinvenivano chiare indicazioni sulla crescente importanza riconosciuta a diversi aspetti del finanziamento degli obblighi imposti in funzione di salvaguardia dell'interesse generale: determinazione dei sistemi di calcolo e controllo dei costi netti di obblighi di servizio pubblico, definizione dei procedimenti di verifica dei livelli costi ammissibili a compensazione, ecc. Sulla regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche si vedano CLARICH M., CARTEI G.F., (a cura di) *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004; PEREZ R., (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁶⁷ Si veda, al riguardo, il contributo di WINTER, J. A., *Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 41, 2004, p. 475-50, il quale ripercorrendo la più recente giurisprudenza, osserva come si vada delineando una «ridefinizione» della nozione di aiuto di Stato. In particolare, l'A. concentra la propria attenzione sull'analisi del *contenuto* di due requisiti della nozione di aiuto di Stato: 1) la necessaria riconduzione della misura di ausilio «a risorse dello Stato» e 2) l'attribuzione di un «vantaggio gratuito al beneficiario». In relazione al primo aspetto, viene rilevato come la sentenza *Preussen Elektra (PreussenElektra AG v. Schleswig AG, in causa C 379/98, (2001)*, dimostri ormai chiaramente l'inconsistenza di una lettura disgiunta della previsione contenuta all'articolo 87.1 del Trattato secondo cui un aiuto di Stato deve essere «accordato dallo Stato» o «(accordato) tramite risorse dello Stato». Ai fini della qualificazione di una misura d'ausilio come «aiuto di Stato», infatti, tali criteri devono essere *contemporaneamente* soddisfatti. Ne deriva, dunque, che previsioni nazionali che obblighino determinate imprese private a sussidiare direttamente i propri concorrenti non ricadano nella nozione di «aiuto di Stato». In relazione al secondo aspetto, viene, invece, rilevato come a dispetto del sovente richiamo operato dalla Giurisprudenza della Corte ai principi affermati fin dalla sentenza Commissione c. Italia del 1974, (in causa C-173/73), in ordine all'*irrilevanza della finalità* della misura d'ausilio ai fini della sua qualificazione, alcune sentenze come il caso *Sloman*, sentenza 17 marzo 1993 in causa C-72-73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts v. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer*, in Racc. I-887, dimostrano, invece, che la *finalità dell'aiuto conta*: «The ritualistic repetition that Article 87(1) does not concern itself with a measure's aims or causes but only look at its effects is misleading. It is only after it has been established that a measure constitutes aid - and for this its intended effect is an important analytical tool (see Altmark, but also Sloman Neptun) - that the formula can be used in order to explain why the worthy social, environmental, cultural and other objectives pursued through a measure will not be able to deprive it of its character of being State aid within the meaning of Article 87(1). As long as it has not been established that a measure confers an advantage it must be possible to argue that the aim or cause of the measure is to make appropriate payments to the recipient as a consideration for goods or services purchased from it by the State and therefore not aid»

dell'articolo 87 del Trattato alla luce dell'ulteriore sviluppo del processo di integrazione europea¹⁶⁸, il problema della *ripartizione delle competenze* tra Commissione e Stati membri nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato¹⁶⁹.

Del resto, la stessa Commissione ha riconosciuto nel *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato* l'esigenza di operare un'organica riforma della disciplina sostanziale e procedurale in materia di «aiuti di Stato», finalizzata a garantire: la loro riduzione ed una «più mirata» destinazione, il ricorso ad un *approccio economico* più preciso, la revisione delle procedure di controllo per renderle più efficaci, maggiormente trasparenti e prevedibili, con una «più chiara» *ripartizione delle responsabilità tra Commissione e Stati membri*¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. NICOLAIDES P., *Compensation for Public Services Obligation op. cit.*, p. 570-571 che, proprio in riferimento al tema del finanziamento dei servizi di interesse generale, auspica «a different interpretation of Art. 87 so that *public policy objectives can be achieved as efficiently as possible*. In order to remedy the weaknesses it has identified in the current practice on SGEI...a different approach to treating SGEI providers under state aid rules. *This approach leads to a more efficient allocation of resources, given the constraint that the public policy objective of reaching citizens is preserved*. The proposal is rather simple. *Both competition rules and public policies aim to raise the availability of SGEI*. This aim can be more effectively achieved by enabling the most efficient operators to enter the market. Auctions or open selection procedures distort competition less than the granting of direct subsidies to certain enterprises. Compensation for the extra costs of public service obligations is unnecessary unless the obligation has a negative effect on market supply. Compensation would then be justified to induce undertakings to increase their supply. To ensure that only the minimum aid is offered, auctioning is an efficient policy tool. This kind of compensation would not normally be regarded as state aid, but the users of the SGEI, in case they are undertakings, may still receive indirect aid» (enfasi aggiunta).

¹⁶⁹ Cfr. OSTI C., *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 3/2006, pag. 429-454, il quale rivisita, in chiave critica, l'applicazione della disciplina in tema di aiuti di Stato da parte della Commissione e della Corte e si chiede se, in realtà, alcune riscontrate «incongruenze» nell'applicazione della disciplina sugli aiuti, come il ricorso al concetto di «specificità» dell'aiuto e la manifestata tendenza ad escludere dall'ambito di applicazione degli articoli 87 e ss del Trattato, le cd. «misure generali», non siano più propriamente riconducibili ad una «non chiara ripartizione dei poteri tra Commissione e Stati membri». In tale linea di ragionamento, si rileva come «la macchinosa e contraddittoria, della disciplina sarebbe da ricondurre al tentativo di fornire delle risposte contingenti alle complesse problematiche generate da tale ambigua ripartizione in un continuo sforzo da parte della Commissione, per avocare progressivamente a sé molti poteri di intervento nell'economia, sottraendoli agli Stati nazionali». E così: «se tutta la disciplina sugli aiuti è stata...interpretata dalla Commissione come uno strumento per il progressivo assorbimento dei poteri nazionali in materia di intervento nell'economia, il criterio di specificità si può interpretare nel senso di una valvola di sicurezza posta dalla Commissione stessa al fine di sottrarre alla propria giurisdizione, senza compromettere il graduale accrescimento dei propri poteri, quelle situazioni nelle quali un travalicamento nell'area di intervento degli Stati membri possa apparire eccessivo, o comunque politicamente troppo sensibile. Ciò è...indirettamente confermato dalla possibilità di leggere alcuni casi giurisprudenziali come relativi a situazioni-limite nelle quali la Corte ha sentito di dover applicare, in sostanza, un criterio di proporzionalità, o forse meglio di congruità».

¹⁷⁰ Cfr., al riguardo la Comunicazione della Commissione SEC(2005)795 *Piano di Azione nel settore degli Aiuti di Stato: Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, nella quale viene evidenziata la necessità di operare una riforma di ampio respiro della politica comunitaria in materia di aiuti di stato in modo da rendere la relativa disciplina in grado di dare un migliore contributo alla crescita duratura, alla competitività, alla coesione sociale e regionale ed affrontare le sfide poste dalla cosiddetta

In tale linea di ragionamento, dunque, come in precedenza ricordato, appare opportuno, anche al fine di delineare il contesto nell'ambito del quale si inserisce la disciplina del finanziamento dei servizi di interesse economico generale, effettuare alcune considerazioni sulle esigenze di rinnovamento della Politica Comunitaria in materia di aiuti di Stato espresse dalla Commissione nel *Piano di Azione*.

I profili che a tal fine sembrano più rilevanti riguardano due temi di discussione del processo di riforma: a) un'applicazione *meno formalistica* della disciplina contenuta negli articoli 87-89; b) ed un più *ampio decentramento* della relativa applicazione.

A. - Aiuti di Stato: superamento del "formalismo" e maggiore ricorso all'analisi economica. Nel *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato*, la Commissione ha dichiarato come le nuove sfide che la politica comunitaria dovrà affrontare nel prossimo futuro rendono «*necessaria una radicale modifica delle vigenti norme sugli aiuti di Stato, sia sostanziali che procedurali*», anche alla luce dell'esigenza di ridare un nuovo impulso alla

strategia di Lisbona sulla crescita e l'occupazione che punta a fare dell'Europa l'economia più dinamica e fondata sulla conoscenza. L'avvio del processo di riforma della Politica sugli Aiuti di Stato, si ricollega, inoltre, alle profonde innovazioni che hanno interessato la politica comunitaria della concorrenza a partire dalla fine degli novanta del secolo scorso: la propensione al *superamento di una formalistica applicazione della disciplina antitrust*, maggiormente in linea con le indicazioni dell'analisi economica tesa a privilegiare una valutazione delle condotte degli agenti economici basata sull'analisi dell'impatto restrittivo che esse sono in grado effettivamente di produrre sui mercati interessati ed *una riduzione degli ambiti di competenza esclusiva della Commissione in favore di una decentrata applicazione della disciplina antitrust*. In relazione a tale ultimo aspetto, si veda il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUCE, n. L 001 del 04/01/2003. Sul processo di modernizzazione dell'antitrust comunitario, *ex multis*, GHEZZI F., *Il Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, p. 175; WILS, W.P.J., *The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A legal and economic Analysis of the Commission's proposal for a new Council Regulation Replacing Regulation n.17*, 5 *Fordham Int'l L.J.*, 1655 (2001); EHLERMAN C.D., ATANASIU I., *The Modernisation of E.C. Antitrust Law: Consequences for the Future Role und Function of the E.C. Courts*, in *ECLR*, 2002, p. 72; RINALDI R., *Il regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza*, in *Riv. comm. int.*, 2003, p. 143; VICENTINI M., VENTURINI F., *La nuova disciplina comunitaria in materia di concorrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 537; TAVASSI M., *Il Regolamento CE n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di competenza della Commissione europea alle Autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Dir. com. e scambi int.*, 2004, p. 315; PACE L., *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003. Luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli art. 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 147; BUZZONE G., A. SAIJA (2003), *La modernizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolazione settoriale*, in *Contratto Impresa Europa*, n. 1/2003; LENAERTS K., GERARD D. (2004), *Decentralization of EC Competition Law: Judges in the Frontline*, *World Competition*, Vol. 27(3), pp. 313-350; CALAMIA M. A., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004; MANGINI V., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, Giappichelli, 2005; UBERTAZZI L. C., *Commentario breve al diritto della Concorrenza: marchi, brevetti, diritto d'autore, concorrenza sleale, pubblicità, consumatori, antitrust*, Padova, Cedam 2004, PACE L.F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2005.

cd. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione e la coesione sociale che aspira a fare dell'Unione europea "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo"¹⁷¹.

Tali affermazioni costituiscono dunque la dimostrazione di quanto la stessa Commissione abbia preso atto dell'inadeguatezza dell'approccio utilizzato fino ad ora e della necessità di conferire maggiore *efficacia* al controllo sugli «aiuti di Stato».

La risposta alle carenze riscontrate viene individuata nel più ampio ricorso all'*analisi economica* degli aiuti di Stato in modo tale da effettuare una «valutazione più corretta e trasparente delle distorsioni della concorrenza e degli scambi determinate dalle misure d'aiuto» ed un concreto apprezzamento «[de]gli effetti allocativi o distributivi degli aiuti di Stato»¹⁷². In tale linea di ragionamento, appare evidente il tentativo di prefigurare anche nel settore degli aiuti di Stato, un'evoluzione analoga a quella avutasi nell'applicazione della disciplina comunitaria di concorrenza *applicabile alle imprese*.¹⁷³

¹⁷¹ Cfr. *Piano di Azione*, cit., para. 13. Sulla cd. Strategia di Lisbona, si veda, da ultimo la Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*, 2005, COM(2005) 24 def.

¹⁷² Sul nuovo corso prefigurato dalla Commissione nel *Piano di Azione*, con particolare riferimento all'utilità dell'impiego dei concetti e degli strumenti dell'analisi economica nella disciplina degli aiuti di Stato si vedano CROCIONI P., *Can State Aid Policy Become more Economic Friendly?*, in *World Competition* 29(1), 2006, pag. 89-108, e OSTI C., *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 3/2006, pag. 429-454, il quale pone in evidenza le difficoltà connesse alla effettuazione dell'analisi economica degli aiuti e manifesta perplessità sulla possibilità di trasporre nel settore degli «aiuti di Stato» i risultati conseguiti nell'area dell'antitrust.

¹⁷³ Come noto, da circa un decennio, nell'applicazione della disciplina comunitaria antitrust si registra una propensione al ricorso all'analisi economica nella valutazione degli effetti delle condotte d'impresa ritenute restrittive della concorrenza. Sul dibattito che interessa la dottrina in ordine alla desiderabilità di una sempre maggiore utilizzazione dell'analisi economica nel diritto antitrust si vedano, da ultimo, i contributi di DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, VIII, n. 3, dicembre 2006, p. 563-579 e PARDOLESI R., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato Concorrenza Regole* IX, n. 1, aprile 2007. La dottrina sull'utilizzo dell'analisi economica nel diritto antitrust è molto vasta, si vedano, *ex multis*: WILLIAMSON O., *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in «*American Economic Review*», 1968, 58, pp. 18, POSNER R.A., *Antitrust Law, an economic perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976; BORK R., *The Antitrust Paradox*, New York, Basic Books, 1978 AREEDA P., *Antitrust law: An analysis of antitrust principles and their application* (Supplement); Boston, Little, Brown and Company, 1982; AREEDA P., TURNER D., *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in «*Harvard Law Review*», 1975, vol. 88, n. 4, pp. 697-733; HOVENKAMP H., *Antitrust policy after Chicago*, in *Michigan Law Review*, 1985; ORDOVER J. A., SALONER G., *Predation, Monopolization and Antitrust*, in SCHMALENSEE R., WILLIG R.D. (eds.) *Handbook of Industrial Organization*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1989; PARDOLESI R., *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, 1993; PARDOLESI R., *Diritto Antitrust Italiano*, Bologna, vol. I, 1993, VAN DE BERGH R., *L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto Antitrust Italiano*, Vol I, Bologna, 1993; BUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, Roma, 1995; OSTI C., *Antitrust ed oligopolio*, Bologna, 1995; BENTIVOGLI C., TRENTO S., *Economia e politica della concorrenza*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1995; FINGLETON J., *Il potere di mercato. Come definirlo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/1999, pp. 339-384; MOTTA M., *Fusioni orizzontali: analisi economica e disciplina comunitaria*, in

Tale aspirazione si scontra però con l'esistenza di alcune "peculiarità" del controllo sulle misure di intervento statale disciplinate dagli articoli 87 e seguenti del Trattato, di cui si deve necessariamente tener conto nel prefigurare una possibile modificazione del sistema di *enforcement*.

Pur nella consapevolezza che un'approfondita ed organica trattazione del tema, meriterebbe ben maggiore spazio di quanto possibile in questa sede, di seguito vengono presentati alcuni dei aspetti e delle implicazioni connesse ad un ricorso più esteso a principi e strumenti propri dell'analisi economica al settore degli «aiuti di Stato»¹⁷⁴.

In via preliminare, va osservato come siano essenzialmente tre gli ambiti di studio della scienza economica che assumono rilevanza nel controllo degli «aiuti di Stato»: a) l'economia pubblica; b) l'economia della concorrenza; c) la teoria del commercio internazionale.

La prospettiva dell'economia pubblica è rivolta all'individuazione delle *motivazioni* e delle condizioni di *effettività* ed *efficienza* dell'intervento statale; la prospettiva d'analisi fornita dell'economia della concorrenza, guarda, invece, essenzialmente al profilo dell'impatto competitivo dell'intervento statale. Infine, l'approccio della teoria del commercio internazionale valuta gli interventi d'ausilio statale in termini di allocazione internazionale delle risorse economiche e si concentra quindi sulle distorsioni derivanti dal cambiamento dei flussi commerciali e delle decisioni di localizzazione delle attività produttive.

Per quanto concerne i temi che vengono più direttamente in evidenza nell'inquadramento dell'*analisi economica* degli aiuti di Stato, può osservarsi come lo "spazio" per un maggiore ricorso a principi, strumenti e tecniche di analisi proprie della scienza economica viene generalmente individuato in relazione ai seguenti profili: individuazione delle *motivazioni* dell'intervento pubblico sub-specie di «aiuti di Stato»; definizione della

Mercato Concorrenza Regole, 2/2000, 211-244; LIPARI N, MUSU I, *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000; GOBBO F. (2001) Il mercato e la tutela della concorrenza, Bologna, Il Mulino, 2001; VAN DEN BERGH R. J., CAMESASCA P.D., *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Intersentia, 2001, FOX E., *What is harm to competition? Exclusionary practices and anti-competitive effect*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 371; FOX E., *Abuse of Dominance and Monopolisation, How to Protect Competition Without Protecting Competitors*, EU Competition Law and Policy Workshop (2003) European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies DAVID S., EVANS D. S, PADILLA A.J., *Designing Antitrust Rules For Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, Working Papers, 2004, reperibile su: ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/4625.html; ELHAUGE E., *Defining better monopolization standards*, in *Stanford Law Review*, 2003, pp. 253 ss.; HYLTON H, *Section 2 and Article 82: A Comparison of American and European Approaches to Monopolization Law*, reperibile su: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=902655; GANSLANDT M., *New Rules for Dominant Firms in Europe*, reperibile su: www.iui.se/Policypapers/PP2/pp2.pdf; MOTTA M. POLO M., *Antitrust Economia e Politica della Concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005; PROSPERETTI L., SIRAGUSA M, BERETTA M, MERINI M., *Economia e diritto antitrust*, Carocci Editore, 2006.

¹⁷⁴ Cfr. Per una recente trattazione dedicata all'argomento si veda il contributo di FRIEDERISZIK H., RÖLLER L-H., VERouden V., *European State Aid Control: An Economic Framework*, in corso di pubblicazione in *Advances in Economics of Competition Law*, a cura di BUCCIROSSI P., Boston, MA, MIT Press, disponibile, in versione draft, su <http://www.esmt.org/fm/13/European%20State%20Aid%20Control.pdf>.

tipologia delle distorsioni concorrenziali e quantificazione della relativa entità; individuazione di un parametro di riferimento per la valutazione di compatibilità degli aiuti; individuazione dell'appropriato *livello di intervento* cui affidare il controllo di compatibilità degli aiuti; definizione del *quadro teorico concettuale* entro cui sistematizzare la valutazione di compatibilità delle misure di «aiuto di Stato».

Le *motivazioni/giustificazioni dell'intervento pubblico*, sono riconducibili a ragioni di ordine efficientistico (interventi per superare i cd. *fallimenti del mercato*¹⁷⁵ e migliorarne il relativo funzionamento) o di tipo redistributivo

¹⁷⁵ Con il termine *market failures* si indicano quelle situazioni che impediscono il corretto funzionamento del sistema di mercato e che non consentono il raggiungimento dell'*efficienza* nella sua triplice accezione: a) efficienza allocativa (prezzo uguale ai costi marginali di produzione); b) efficienza produttiva (minimizzazione dei costi totali di produzione grazie all'impiego della più efficiente combinazione dei fattori di produzione) e c) efficienza dinamica (garanzia del miglioramento tecnologico). Le problematiche che vengono generalmente indicate come causa di fallimenti del mercato sono: a) potere di mercato: (capacità di mantenere i prezzi al di sopra dei costi marginali di produzione; tale problema si rivela di particolare gravità in relazione a quei casi in cui le caratteristiche dell'attività economica determinano l'esistenza di un monopolio naturale); b) presenza di beni pubblici, ovvero di beni caratterizzati da *non escludibilità* e *non rivalità* nel consumo per i quali, ove se ne demandasse la produzione a scelte autonome e decentrate operate da soggetti privati, si determinerebbero conseguenze non ottimali (sottoproduzione) dal punto di vista sociale; c) esternalità, ossia situazione nelle quali la condotta di alcuni attori economici determina effetti negativo o positivi su altri soggetti che li subiscono o ne beneficiano, senza che il sistema dei prezzi fornisca un'efficace sintesi delle informazioni rilevanti sul reale costo/beneficio associato alla realizzazione di una determinata transazione; d) presenza di asimmetrie informative, che si verificano laddove le informazioni non sono uniformemente distribuite ed accessibili a tutti i soggetti e sussiste il rischio che un soggetto economico possa appropriarsi di una rendita economica riducendo o limitandosi a non comunicare tali informazioni rilevanti per operare nel mercato. Nella letteratura economica, il riconoscimento dell'esistenza di tali *market failures* è a sua volta alla base delle teorie che si propongono di spiegare le ragioni dell'intervento dei pubblici poteri nelle attività economiche. Tale tema ha animato a lungo il dibattito della letteratura economica nella quale si sono riscontrate diverse opinioni. In estrema sintesi può ricordarsi che la *Teoria dell'interesse pubblico* vede nel Regolatore il massimizzatore del benessere sociale, una sorta di entità onnisciente e benevolente che, di fronte alle richieste provenienti dalla collettività, opera nell'interesse di questa facendosi carico di risolvere i *fallimenti del mercato*. Tale originaria impostazione subirà, a seguito delle critiche formulate alle ipotesi di perfetta informazione, nullità dei costi e non distorsività dell'intervento regolatorio, un'evoluzione che però, pur ipotizzando la possibilità di *fallimenti della regolazione*, non ne muta l'ispirazione di fondo che ricollega l'intervento della regolazione alla volontà di perseguire in ogni caso l'interesse pubblico. In questa prospettiva, dunque, la *Teoria dell'interesse pubblico*, continua a giustificare l'intervento regolatorio in considerazione delle possibilità che i pubblici poteri hanno di ridurre i costi di transazione, utilizzando il potere coercitivo, per obbligare i soggetti privati a tenere i comportamenti desiderati. A questo approccio "normativo" dell'intervento regolatorio, si contrappone, invece, a partire dal seminale contributo di Stigler del 1971 *Theory of Economic Regulation* un approccio diverso, di tipo "positivo" all'analisi della regolazione. A tale orientamento si sono ispirate le diverse *Teorie dell'interesse privato* che riconducono l'intervento pubblico non all'obiettivo della massimizzazione del benessere sociale, ma alla massimizzazione dell'utilità individuale dei diversi soggetti coinvolti nel gioco regolatorio. Sulla capacità esplicativa delle diverse concezioni, si veda MARZI G., PROSPERETTI L., POTZU E., *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2001, in particolare cap. I, II, e III. Per un'introduzione alle tematiche della regolazione si vedano, *ex multis*: BALDWIN M. CAVE M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 1999; NEWBERY D., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, MIT Press, Massachusetts, 1999; ARMSTRONG, M., COWAN, S. AND VICKERS, J., *Regulatory Reform: Economic Analysis and*

(interventi volti a modificare un'allocatione delle risorse percepita come *non equa*¹⁷⁶).

Va comunque rilevato che il ricorso allo strumento degli aiuti di Stato per (tentare di) correggere i problemi derivanti dai fallimenti del mercato presenta diversi aspetti controversi. Innanzitutto, vi è un problema di misurabilità della rilevanza del fallimento del mercato cui si aspira a porre rimedio. Sul punto, va ricordato però come se da un lato vi è effettivamente un problema di *quantificazione* del fallimento del mercato, dall'altro, minori difficoltà sembrano sussistere in ordine all'effettuazione di un accertamento di tipo *qualitativo*, consistente, essenzialmente, nel domandarsi se esiste o meno un fallimento del mercato e su questo può verosimilmente considerarsi *significativo*.

In secondo luogo, si pone un problema di raffronto tra benefici (presunti) dall'intervento e costi di implementazione, con i primi che devono essere considerati superiori ai secondi, per rendere in linea di principio ammissibile l'attribuzione dell'aiuto di Stato.

Inoltre, va osservato come sia nel caso in cui l'obiettivo dell'intervento dello Stato trovi fondamento in un obiettivo di ordine "efficientistico" che in uno di tipo "redistributivo" non è per nulla necessario che l'intervento statale assuma le forme dell'«aiuto di Stato».

Del resto, la stessa Commissione riconosce che anche quando l'aiuto si propone di porre rimedio ad una *market failure*, si dovrebbe verificare in primo luogo se l'intervento dello Stato non debba più opportunamente indirizzarsi verso un'azione che cerchi di affrontare direttamente la *market failure* piuttosto che «darla per scontata» ed intervenire in funzione correttiva attraverso la concessione di un aiuto pubblico¹⁷⁷.

In modo analogo, anche quando l'intervento statale è volto a perseguire obiettivi di natura sociale o di pubblico interesse, dovrebbe comunque

British Experience, MIT Press, Cambridge, MA, 1994; LAFFONT, J.-J. e TIROLE, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge Mass., MIT Press, 1993. Con particolare riferimento alle diversità di approcci seguiti per la soluzione dei problemi posti dai *fallimenti del mercato* nei sistemi continentali ed in quelli anglosassoni si vedano BOITANI A., PETRETTO A., *Privatizzazione e autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità: un'analisi economica*, in «Politica Economica», 1999, vol. 15, pp. 271-307, e DI GASPARE G., *Monopolio e competizione nella prospettiva comunitaria*, Relazione al Convegno "Concorrenza e sussidiarietà orizzontale e verticale", Università di Siena 2 dicembre 05, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>.

¹⁷⁶ Sul rapporto tra motivazioni di *efficienza* e motivazioni di *equità* e su possibili trade-offs tra i due obiettivi, con specifico riferimento agli aiuti di Stato, è stato osservato che «limiting attention to the efficiency of markets (to total welfare), appears not appropriate in the context of state aid control. In the area of state aid control, redistribution is often among the very objectives of state aid measures. Social and regional cohesion policy is explicitly mentioned in the Treaty as a possible ground for allowing state aid measures. In fact, equity oriented state aid measures – in particular regional growth measures and, often linked, aid for sectoral adjustment – account for roughly 40% of all state aid granted», Cfr. FRIEDERISZIK H., RÖLLER L.-H., VERODEN V., *European State Aid Control cit.*, pag. 16.

¹⁷⁷ Cfr. *Piano di Azione, cit.*, para 23, in cui si afferma che non è sufficiente che l'aiuto di Stato sia volto alla correzione di un fallimento del mercato. Prima di ricorrere agli aiuti di Stato, che in genere costituiscono solo un'opzione "di ripiego" per l'allocatione ottimale delle risorse, «è necessario verificare l'impossibilità di correggere il fallimento del mercato mediante misure meno distorsive».

valutarsi la praticabilità di soluzioni alternative che non implicino la concessione di un aiuto di Stato per la realizzazione dell'obiettivo ritenuto di interesse generale¹⁷⁸.

La preferibilità di soluzioni alternative alla concessione di aiuti di Stato si basa sul fatto che tale modalità di intervento dello Stato nelle attività economiche può determinare effetti distorsivi sulla dinamica competitiva.

Le *distorsioni concorrenziali* potenzialmente derivanti dall'attribuzione di misure d'ausilio statale possono essere ricondotte a due categorie: una prima categoria, in cui rientrano le distorsioni che alterano il confronto competitivo *tra imprese*; ed una seconda categoria, nella quale rientrano le distorsioni del *confronto competitivo tra Stati membri*.

Tra le distorsioni del primo tipo viene generalmente incluso l'artificiale mantenimento sul mercato di operatori inefficienti. Il classico esempio è quello relativo ai cd. aiuti alle imprese in difficoltà, o i cd. aiuti di sostentamento, che possono favorire comportamenti inefficienti da parte del beneficiario e dunque determinare uno spreco di risorse negativo per l'intero sistema economico.

Una seconda distorsione competitiva è quella che riguarda la dinamica degli incentivi tra le imprese che vedono alterate le proprie *decisioni di investimento* in nuovi prodotti e/o processi produttivi. Tali distorsioni possono determinare delle reazioni da parte dei concorrenti dei beneficiari (rinuncia all'investimento o strategie di sovra-investimento) che provocano delle inefficienze nel medio-lungo periodo.

Infine, ma non per questo meno rilevante, vi è il rischio di alterazione del confronto competitivo derivante dall'aumento del *potere di mercato* detenuto dal beneficiario dell'aiuto che può quindi attuare con maggiore facilità di successo strategie volte al mantenimento, consolidamento o all'ulteriore rafforzamento della propria posizione attraverso comportamenti escludenti a danno dei concorrenti attuali o potenziali (innalzamento di barriere all'entrata, ecc.).

Alle potenziali distorsioni competitive che hanno impatto sul confronto tra Stati sono, invece, riconducibili quegli interventi di promozione e sostegno alla produzione nazionale e/o di incentivazione all'investimento all'interno del territorio nazionale. L'effetto negativo associato a tali interventi è, infatti, quello della modificazione dell'allocazione internazionale di risorse attraverso il cambiamento dei flussi commerciali e/o delle decisioni localizzazione delle attività economiche¹⁷⁹.

Per quanto riguarda lo specifico profilo della *quantificazione* delle distorsioni derivanti dalla concessione di aiuti di Stato, deve osservarsi come vi siano un insieme di elementi che svolgono un ruolo rilevante nel

¹⁷⁸ A titolo esemplificativo può farsi riferimento alla necessità di garantire il servizio universale che può essere soddisfatta anche attraverso la diretta erogazione di sussidi ai consumatori piuttosto che ad imprese incaricate di assicurarne la prestazione.

¹⁷⁹ Appare di immediata evidenza, l'*interesse* che può spingere i Governi nazionali ad attuare simili tipi di intervento, dati gli effetti positivi, in termini di incremento dell'occupazione, di introiti fiscali e di miglioramento del sistema economica nazionale nel suo complesso, potenzialmente derivanti da interventi di sostegno alla produzione nazionale e/o di attrazione di investimenti esteri.

determinare la consistenza degli effetti distorsivi. Tra questi, vanno annoverati: a) gli *aspetti procedurali* del processo di attribuzione dell'aiuto; (in linea generale tanto meno aperte e non discriminatorie sono le modalità di attribuzione dell'aiuto, tanto maggiori sono le possibilità che questo abbia conseguenze maggiormente negative); b) le *caratteristiche del mercato* (rilevante) nell'ambito del quale viene erogato l'aiuto (in questa prospettiva aspetti importanti sono la grandezza della quota di mercato del beneficiario, il grado di simmetria tra gli operatori di mercato, la presenza di barriere all'entrata, il grado di intensità degli investimenti in R&S; il grado di differenziazione del prodotto; la presenza di complementarità con altri prodotti o mercati, il grado di commerciabilità; il grado di trasparenza del mercato, ecc.); c) le caratteristiche e la tipologia dell'aiuto erogato (ammontare; ripetitività o meno dell'aiuto; durata; cumulabilità con altri strumenti di ausilio, ecc.)¹⁸⁰.

Altro profilo in relazione al quale l'analisi economica può svolgere un ruolo positivo è quello dell'individuazione di un parametro di riferimento da utilizzare per effettuare la valutazione di compatibilità degli aiuti di Stato ex articolo 87, para 3.

I contributi della letteratura economica pongono in evidenza come i parametri utilizzabili siano essenzialmente: il *benessere sociale* derivante dall'intervento; l'effetto sui concorrenti del beneficiario dell'aiuto di Stato; l'effetto sull'obiettivo dell'integrazione del mercato europeo.

Il termine di *benessere sociale*, inteso nella suo significato economico, risulta essere concetto composito e multiforme ed è declinabile in diverse accezioni¹⁸¹. Esso, infatti, quando viene utilizzato come parametro di valutazione degli effetti di un determinato tipo di intervento od azione al fine di decretarne la sua *accettabilità* in termini di guadagni apportati al sistema economico, può essere inteso sia nel senso di *benessere complessivo*, risultante dalla somma del *benessere dei produttori* e quello dei *consumatori*, oppure nella sola dimensione del *benessere dei consumatori*.

La scelta di utilizzare l'uno o l'altro standard per esprimere un giudizio su un determinato intervento *non è indifferente* dal punto di vista redistributivo. Infatti, utilizzare come parametro di riferimento il concetto di *benessere complessivo* significa preoccuparsi "solamente" di verificare se l'intervento produce un guadagno per il sistema economico nel suo complesso, ma non di "come" devono essere ridistribuite le risorse all'interno della Società. Di contro, utilizzare come parametro di riferimento il *benessere dei consumatori* significa effettuare una valutazione che non si limita alla sola quantificazione del beneficio complessivamente apportato al sistema economico, ma si preoccupa anche di accertare che una rilevante parte dei guadagni di efficienza conseguiti vadano ad accrescere il benessere di

¹⁸⁰ Per approfondimenti su tali aspetti si vedano le considerazioni di FRIEDERISZIK H., RÖLLER L.-H., VERODEN V., *European State Aid*, cit., in particolare pag. 46-48.

¹⁸¹ Sulla cd. *Economia del benessere* (Economics of Welfare), si vedano i seminali contributi di PIGOU A.C., *The Economics of Welfare*, 1932, London e di BERGSON, A., *A reformulation of certain aspects of welfare economics*, Quarterly Journal of Economics, 1938, vol. 52, febbraio, pp. 310-334. Per una più recente discussione sulla *Funzione di benessere sociale* si veda STIGLITZ, J.E., *Economics of the Public Sector*, 2000, 3rd Ed., Norton & Company.

consumatori, in termini di prezzi più bassi, maggiori quantità vendute, miglioramenti qualitativi, ecc¹⁸².

Il problema dell'individuazione dello standard di valutazione da utilizzare, è oggetto di discussione anche nell'ambito dell'applicazione della disciplina antitrust¹⁸³, ciò che rende peculiare la sua applicazione nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, è che il benessere sociale complessivo non è la sola risultante della somma del benessere dei produttori e dei consumatori ma deve tenere in considerazione anche il costo sostenuto dai contribuenti per l'implementazione dell'aiuto di Stato.

Tra le opzioni soprarichiamate si ritiene generalmente preferibile utilizzare come parametro di valutazione degli aiuti quello che si concentri essenzialmente sugli effetti di tali misure sui consumatori e sui contribuenti. Infatti, concentrare l'attenzione su questi due aspetti sembra essere il modo migliore per garantire che l'aiuto di Stato sia in grado di incrementare il benessere complessivo.

L'adozione di altri parametri di valutazione come, ad esempio, quello dell'*effetto* dell'aiuto sui *concorrenti* del beneficiario è, invece, essenzialmente legata alla preoccupazione che la concessione dell'ausilio finanziario sia idonea ad incidere sulle posizione competitiva dei partecipanti modificando il «*level playing field*» del confronto competitivo¹⁸⁴.

¹⁸² Un aspetto che merita di essere evidenziato è che gli effetti dell'aiuto di Stato sui consumatori può essere molto diverso a seconda dell'orizzonte temporale preso in considerazione. Ed infatti, così come del resto avviene in altre aree dell'economia della concorrenza, guadagni di breve periodo conseguiti dai consumatori possono tradursi in perdite di lungo periodo nella misura in cui l'aiuto di Stato agevola l'adozione di una condotta escludente. In tale linea di ragionamento, dunque, se l'aiuto può essere utilizzato per attuare strategie predatorie sui rivali oppure per evitare uscite dal mercato di operatori inefficienti, i guadagni di breve periodo derivanti dai più bassi livelli dei prezzi devono essere comparati con possibili incrementi nel periodo futuro. Ed ancora, è ben possibile che l'attribuzione di un aiuto non consenta, neanche nel breve periodo, vantaggi per i consumatori. Tale ipotesi si verifica quando l'attenzione dell'aiuto di Stato favorisce comportamenti anticompetitivi come la chiusura del mercato ai concorrenti stranieri o la loro marginalizzazione nel mercato nazionale, o quando consente all'operatore *incumbent* di operare una sussidiazione incrociata tra i diversi settori competitivi, attuando strategie di deterrenza all'entrata e sfruttando i consumatori anche nel breve periodo.

¹⁸³ In riferimento allo standard di valutazione utilizzato in altre aree del diritto della concorrenza FRIEDERISZIK H., RÖLLER L.-H., VEROUDEN V., *European State Aid Control cit.*, osservano come negli ultimi anni lo standard utilizzato nelle valutazioni delle fattispecie antitrust e nelle operazioni di concentrazione, sia prevalentemente quello del «benessere dei consumatori» ed illustrano alcune delle motivazioni per le quali tale opzione è ritenuta preferibile rispetto ad altri standard. Per approfondimenti si vedano, in particolare, le considerazioni svolte da pag. 28 e ss., nonché i riferimenti bibliografici ivi citati.

¹⁸⁴ Appare di immediata evidenza come utilizzando una tale prospettiva di analisi, la conclusione cui si giunge è che tutti gli aiuti di Stato sono da considerarsi in via di principio sotto un'ottica negativa in quanto per loro stessa natura comportano un'alterazione della capacità competitiva degli operatori del mercato. Ed in effetti non può non riconoscersi come tale impostazione risulti *in linea* con la presunzione legale di incompatibilità degli aiuti di Stato affermata nell'articolo 87 del Trattato. Sotto una diversa prospettiva, però, va altresì rilevato come l'operare di tale presunzione, non consente di valutare direttamente ed effettivamente quale è l'impatto, in termini di «*effetti realmente prodotti*», sul mercato e sui concorrenti. Analoghe considerazioni possono essere svolte in riferimento all'utilizzo del parametro del funzionamento del mercato interno. L'utilizzo di questo standard di valutazione non è generalmente associato al bilanciamento degli effetti positivi e negativi di una

Tali elementi possono nondimeno svolgere un ruolo nell'agevolare la comprensione degli effetti dinamici degli aiuti di Stato sulla concorrenza, come l'effetto di mantenimento sul mercato di operatori inefficienti.

Per quanto concerne l'individuazione del livello di intervento più adeguato ad effettuare il *controllo* degli aiuti di Stato, va rilevato come la principale motivazione a favore dell'intervento sopranazionale si ha in presenza di *esternalità transfrontaliere*¹⁸⁵. In tal caso, infatti, si è di fronte ad un potenziale *conflitto* tra l'interesse nazionale all'erogazione dell'aiuto e quello degli altri Stati membri maggiormente colpiti dagli effetti distortivi da questo provocati.

Questa non è comunque la sola ragione che potrebbe indurre a ritenere preferibile l'effettuazione di un controllo sopranazionale. Demandare il controllo ad un'Autorità sopranazionale potrebbe, infatti, risultare preferibile anche in riferimento a quelle ipotesi nelle quali le Autorità nazionali sono maggiormente vulnerabili ai problemi di *commitment* nel mantenere *credibile* il proprio impegno a rispettare regole chiare nella concessione degli aiuti e/o nel porre *stringenti* limiti di budget in ordine al loro ammontare complessivo. In quest'ottica, dunque, delegare il potere di controllo sugli aiuti di Stato ad un soggetto sopranazionale, meno sensibile alle *pressioni locali*, può avere effetti benefici perché riduce il rischio di determinare sprechi di risorse causati dal limitato incentivo al perseguimento dell'efficienza da parte delle imprese¹⁸⁶.

Un'ultima, ma non meno importante, motivazione per l'intervento sopranazionale è quella relativa alla sua maggiore idoneità a garantire il corretto funzionamento del mercato europeo e favorire il superamento delle resistenze allo sviluppo dei processi di liberalizzazione avviati a livello comunitario¹⁸⁷.

particolare misura, quanto, piuttosto, come un parametro di riferimento che tende a proibire qualsiasi tipo di ostacolo al funzionamento del mercato interno. Cfr. sul punto BIONDI A., EECKHOUT P., *State Aid and Obstacles to Trade*, in BIONDI A., EECKHOUT P., FLYNN J. (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, 2004, Oxford, UK.

¹⁸⁵ Rilevanti sono, in tale linea di ragionamento i contributi della letteratura sulla *strategic trade policy*: BRANDER, J.A., SPENCER B.J. *Export Subsidies and International Market Share Rivalry*. Journal of International Economics, 1985, 18, 83-100; BRANDER J.A., SPENCER B.J. *Foreign Direct Investment with Unemployment and Endogenous Taxes and Tariffs*, Journal of International Economics, 1987, 22, p.257-279; NEVEN, D.J., RÖLLER L.-H., eds. (2000): *The Political Economy of State Aids: Econometric Evidence for the Member States*, in: *The Political Economy of Industrial Policy: Does Europe have an Industrial Policy?*, Edition Sigma, Berlin; COLLIE, D.R. (2000): *State Aid in the European Union: The Prohibition of Subsidies in an Integrated Market*, International Journal of Industrial Organization, Vol.18, 867-884; COLLIE, D.R. (2002): *Prohibiting State Aid in an Integrated Market*, Journal of Industry. Competition and Trade, Vol.2, Issue 3, 215-231; COLLIE, D.R. (2005): *State Aid to Investment and R&D*, European Economy, Economic Papers, 231, 1-22; FINGLETON, J., RUANE F., RYAN V., (1999), *Market Definition and State Aid Control*, European Economy 3, 65-88; FRIEDERISZICK H.W., NEVEN D., RÖLLER L.-H. (2003), *Evaluation of the Effectiveness of State aid as a Policy Instrument*, Report to DG ECFIN.

¹⁸⁶ Kornai, J., Maskin E., Roland G., (2003), *Understanding the Soft Budget Constraint*, Journal of Economic Literature, XLI, 1095-1236.

¹⁸⁷ Cfr. FRIEDERISZICK H., RÖLLER L.-H., VEROUDEN V., *European State Aid Control cit.*, pag 26 «supranational state aid control can be thought of as a commitment device to a principle – the internal market principle – which is in everybody's interest ex ante, but difficult to abide by ex post. For instance, Member states tend to be reluctant to open-up their markets when

Al di là dell'individuazione dell'appropriato livello di intervento cui affidare il controllo, uno degli aspetti chiave in ordine all'applicabilità dei principi economici al controllo degli «aiuti di Stato», è comunque quello di delineare un *quadro concettuale* all'interno del quale effettuare una coerente analisi di compatibilità.

In argomento, può osservarsi come alcuni contributi della letteratura economica abbiano evidenziato che il test da seguire riguarda essenzialmente il bilanciamento tra effetti positivi ed effetti negativi della misura d'ausilio da operare nell'ambito della valutazione di ammissibilità effettuata ex articolo 87, para 3 del Trattato¹⁸⁸.

In tale prospettiva, vengono in rilievo tre quesiti:

- 1) se l'aiuto di Stato è finalizzato a risolvere un *fallimento del mercato* o a perseguire un obiettivo di comune interesse¹⁸⁹.
- 2) se l'aiuto di Stato è *appropriato*, nel senso di verificare, da un lato, se l'aiuto concesso è idoneo a determinare una modificazione del *sistema degli incentivi* del beneficiario favorendone il cambiamento del comportamento (*efficacia* dell'intervento), dall'altro, se lo stesso obiettivo non possa essere conseguito con un aiuto di importo minore (*efficienza* dell'intervento);
- 3) se le distorsioni concorrenziali derivanti dall'aiuto sono sufficientemente contenute da determinare un bilancio complessivamente positivo.

Come si vede, dunque, molteplici sono le questioni poste – alcune delle quali presentano aspetti problematici di notevole rilievo – da un'evoluzione del sistema di *enforcement* della disciplina sugli «aiuti di Stato» che faccia maggiore ricorso all'*analisi economica* nella valutazione degli *effetti* prodotti dalle misure di intervento statale.

Tra i profili di maggiore criticità connessi ad un ampio ricorso all'analisi economica vengono di sovente richiamate le seguenti argomentazioni.

national incumbents are not "fit" for competition. Consequently, inefficient national industries or firms often go hand in hand with a slower liberalisation process. State aid control can play a vital role in breaking such cycles». In argomento si vedano anche BIONDI A., EECKHOUT P., (2004): *State Aid and Obstacles to Trade*, in BIONDI A., EECKHOUT P., FLYNN J. (eds.): *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, UK; MARTIN S., VALBONESI P., (2006): *The State Aid Game*, Discussion Paper Università di Padova.

¹⁸⁸ Cfr. FRIEDERISZIK H., RÖLLER L-H., VEROUDEN V., *European State Aid Control cit.*

¹⁸⁹ In tale linea di ragionamento una delle questioni più rilevanti riguarda il *contenuto/significato economico* da attribuire al concetto di «interesse comune». Cfr., sul punto FRIEDERISZIK H., RÖLLER L-H., VEROUDEN V., *European State Aid, cit.*, secondo cui il significato da attribuire al concetto di «interesse comune» dovrebbe essere quello della massimizzazione del benessere complessivo europeo, condizionato al rispetto di alcuni obiettivi di tipo redistributivo. In tale linea di ragionamento, dunque, l'approccio suggerito sembra operare una dissociazione tra l'obiettivo della massimizzazione del benessere complessivo – che si occupa prevalentemente dell'efficiente funzionamento del mercato e del sistema economico nel suo complesso – ed una «funzione di benessere sociale» che, invece, prende in considerazione anche aspetti di tipo redistributivo. In tale linea di ragionamento, si propone di separare concettualmente obiettivi di efficienza ed obiettivi di equità. In definitiva, si propone di interpretare il concetto di «interesse comune» come comprensivo di due dimensioni fondamentali: l'efficienza e l'equità. Nella misura in cui l'aiuto di Stato è analizzato in termini di impatto della misura sull'efficienza, si ritiene opportuno utilizzare come standard di valutazione quello che tiene espressamente conto dell'effetto dell'intervento in termini di incremento del benessere dei consumatori e gli effetti sui contribuenti.

Innanzitutto, si rileva come la particolare *sensibilità politica* della materia ha fatto sì che le procedure di controllo comunitario siano state utilizzate più per limitare l'*ingerenza politica* degli Stati membri nelle attività economiche, piuttosto che definire l'efficacia e l'efficienza delle misure d'ausilio.

Inoltre, è stata sottolineata la notevole difficoltà di effettuazione di un'analisi economica degli effetti degli «aiuti di Stato», in base alla quale si dovrebbe valutare complessivamente e comparativamente sia esigenze di efficacia ed efficienza dell'intervento statale che motivazioni redistributive e di equità, tenendo anche conto dei *costi* dell'aiuto sostenuti dai contribuenti.

C'è poi il problema derivante dal grado di approfondimento raggiunto dall'analisi economica degli «aiuti di Stato» che è ritenuto meno accurato e sofisticato rispetto a quello raggiunto dalla disciplina della concorrenza.

In relazione all'applicazione delle disposizioni in materia di intese, abusi o operazioni di concentrazione, infatti, la modificazione delle modalità di *enforcement* della disciplina comunitaria della concorrenza ha potuto fare ricorso, con un certo grado di affidabilità, ad approfondimenti e riflessioni sviluppate anche nel contesto statunitense. Diversamente, il panorama offerto dall'analisi economica in materia di aiuti di Stato si presenta meno organico ed approfondito¹⁹⁰.

Un ulteriore profilo problematico connesso all'estensione dell'analisi economica al settore degli aiuti di stato, deriva poi dall'impossibilità di effettuare una *completa assimilazione* tra gli *effetti restrittivi o distorsivi* della concorrenza che si vogliono impedire con l'applicazione della disciplina antitrust e quelli propri della disciplina sugli aiuti di Stato.

Nell'applicazione della disciplina antitrust, infatti, il ricorso all'analisi economica ha trovato il proprio parametro di riferimento nel *potere di*

¹⁹⁰ Cfr. OSTI C., *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, cit., in particolare p. 436 in cui si rileva come gli studi condotti in riferimento agli effetti sul benessere complessivo della competizione tra Stati nell'erogazione degli aiuti, non paiono aver raggiunto risultati univoci. Secondo taluni economisti (e in particolare, secondo i risultati dei modelli economici da essi utilizzati), la concorrenza tra Stati genera uno spreco di risorse, laddove secondo altri economisti e modelli essa produce ricchezza ed un miglioramento del benessere complessivo. (Cfr. H. FRIEDERISZIK, L-H. RÖLLER, V. VEROUDEN, *European State Aid Control*, cit.; BEASLEY T., SEABRIGHT P., *The Effects and Policy Implications for State Aids to Industry: An Economic Analysis*, in «Economic Policy», 1999. In argomento, si vedano anche il Rapporto OCSE, *Competition Policy and State Aids*, del 12 novembre 2001, n. DAF/CLP (2001), ed il Rapporto dell'Office of Fair Trading, *Public Subsidies – A Report*, del novembre 2004. Particolarmente critico sull'approccio espresso dalla Commissione nel *Piano di Azione sugli aiuti di Stato* è OSTI C., *Di alcuni problemi*, op. cit., in particolare p. 435, in cui si afferma come la «non completa consapevolezza» dei termini della questione da parte della Commissione si evinca dallo stesso intendimento espresso dall'Istanza comunitaria di voler fare ricorso ad «un approccio economico più preciso» finalizzato a verificare se la *misura d'ausilio* statale trovi un *effettivo fondamento* in un *fallimento del mercato* ed a valutare la relativa idoneità a *porvi rimedio*. In tal modo, l'intervento statale potrà essere valutato sia in relazione alla sua *necessità* – accertamento della sussistenza di quelle cause che secondo la scienza economica rendono il normale funzionamento del mercato incapace di conseguire risultati efficienti –, che in relazione alla sua *congruità e proporzionalità*. L'intervento statale potrà, infatti, essere valutato al fine di accertare se esso *rappresenti* o meno la soluzione più idonea a raggiungere l'obiettivo prefissato determinando il *minor impatto distorsivo* possibile alla concorrenza ed al commercio intracomunitario.

mercato, aspirando a prevenirne la formazione o a mitigarne gli effetti negativi che, in ultima analisi, si riverberano sui consumatori attraverso l'innalzamento dei prezzi, la contrazione delle quantità vendute e la diminuzione della qualità, varietà ed innovazione dei prodotti. Di contro, nell'ambito degli «aiuti di Stato», mancherebbe un parametro di riferimento cui fare solido affidamento.

In tale linea di ragionamento, dunque, la difficoltà di utilizzare gli strumenti di analisi applicati in ambito antitrust anche nel settore degli aiuti di Stato, deriverebbe essenzialmente dal fatto che in questo *particolare ambito* della disciplina a tutela della concorrenza, l'effetto *distorsivo* si concretizza nella possibilità accordata al proprio beneficiario di praticare prezzi o *condizioni economiche più favorevoli* rispetto a quelle che lo stesso soggetto sarebbe stato in grado di praticare senza l'intervento statale, ponendolo, in tal modo, in una posizione di vantaggio concorrenziale rispetto ai propri concorrenti.

A parziale mitigazione di tale osservazione, va però rilevato come allo stesso diritto antitrust non siano estranei i riferimenti analitici per assoggettare a scrutinio gli interventi statali sub specie di «aiuti di Stato» in ragione della loro idoneità a determinare ipotesi di distorsioni della concorrenza del tipo di quelli soprarichiamati. A titolo esemplificativo, può, infatti, essere ricordato come il problema della situazione di vantaggio attribuito dall'aiuto di Stato che consente al beneficiario di praticare un prezzo *eccessivamente basso* può essere inquadrato nel contesto analitico utilizzato per il controllo dei comportamenti predatori¹⁹¹.

Anche tale richiamo, tuttavia, non elimina del tutto le *differenti prospettive* di analisi che connotano l'applicazione del diritto antitrust rispetto all'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato. Nell'ambito dell'analisi antitrust, infatti, il problema del *prezzo predatorio* rimane censurabile sempre in considerazione del *potere di mercato* detenuto dal soggetto che lo attua e nell'intenzione di esercitarlo abusivamente a danno dei consumatori una volta che sarà riuscito, grazie alla condotta predatoria, ad escludere i propri concorrenti dal mercato¹⁹².

¹⁹¹ AHLBORN C., BERG C., *Can State Aid Control Learn from Antitrust? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules*, in BIONDI A., P. EECKHOUT P., FLYNN J., (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Critico sull'utilizzo di tale riferimento è OSTI C., *Di alcuni problemi op.cit.*, il quale osserva che «tale analisi si rileva inutile nella misura in cui la gran parte delle imprese che ricevono aiuti non immaginano nemmeno di praticare una politica di prezzi predatori. E che il rapporto tra la ricezione dell'aiuto e l'imposizione del prezzo predatorio non sarebbe facilmente dimostrabile, onde la responsabilità dello Stato...emergerebbe solo con grande difficoltà».

¹⁹² Nella disciplina sugli aiuti di Stato gli effetti distorsivi che ci si prefigge di evitare sono quelli che potrebbero essere definiti «attenuativi dell'efficienza produttiva». In tal senso, dunque, l'obiettivo concorrenziale da tutelare attraverso l'*enforcement* delle disposizioni sugli aiuti di Stato è l'*effetto di marginalizzazione* prodotto dalla dinamica competitiva, in considerazione dei benefici che esso apporta al benessere complessivo. Tale dinamica, infatti, conduce, per effetto del meccanismo di selezione naturale, *fuori dal mercato* gli operatori *inefficienti*, e consente al sistema di procedere ad una riallocazione delle risorse verso impieghi più produttivi. In questa prospettiva, dunque, i problemi economici da affrontare non si collocano soltanto nel versante «*a valle*» dell'aiuto, quanto piuttosto «*a monte*» nell'immissione nel sistema di risorse economiche pubbliche allocate in maniera inefficiente. L'analisi dovrebbe essere finalizzata ad una sorta di comparazione tra i costi ed i benefici tra i

C'è, infine, il problema dell'asserita diminuzione di certezza e prevedibilità della valutazione operata dalla Commissione derivante da un'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato «*economic oriented*», basato sugli effetti della misura d'ausilio, che rischierebbe di dar luogo a valutazioni troppo *case specific*.

Alcuni osservatori hanno effettuato delle considerazioni critiche sulle modalità con le quali la Commissione ha manifestato nel *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato*, l'intendimento di operare un sempre maggiore ricorso all'analisi economica. In tema, è stato osservato come le argomentazioni formulate dalla Commissione dimostrino, in realtà, come la stessa non abbia adeguata *consapevolezza* dei termini del problema¹⁹³.

Lo stesso riferimento al concetto di *fallimento del mercato* per l'individuazione delle ragioni dell'intervento pubblico nel mercato, infatti, se può essere ritenuto condivisibile in linea di principio potrebbe dar luogo a ricadute *pratiche* delle quali è difficile prevedere l'esito.

Sul punto, è stato affermato come fare del concetto di *fallimento del mercato* il criterio guida nell'interpretazione delle norme sugli aiuti di Stato potrebbe risultare ingestibile dal momento che *fallimenti di mercato* sono potenzialmente riscontrabili in *qualsiasi dimensione* dell'*attività economica*.

In secondo ordine, è stato sostenuto come ipotizzare un controllo di tipo discrezionale da parte della Commissione, il cui criterio informatore sia quello dei *fallimenti di mercato* potrebbe consentire all'Esecutivo comunitario di porre sotto osservazione «*ogni intervento che lo Stato possa compiere – o omettere di compiere – in materia economica. Laddove una disfunzione (o fallimento) esista, infatti, essa potrà... valutare se l'intervento è corretto, congruo, ecc. Laddove non esista, d'altro canto, l'illiceità dell'intervento è acclarata*»¹⁹⁴.

In tale linea di ragionamento, una sua rigorosa applicazione, potrebbe avere notevoli conseguenze sulla ripartizione dei poteri tra Commissione e Stati membri, aprendo la strada ad un ulteriore e progressivo trasferimento dagli Stati membri alla Commissione dei poteri di intervento nell'economia¹⁹⁵.

Alle richiamate argomentazioni che tendono a mettere in risalto i profili di criticità connessi ad un più ampio ricorso all'analisi economica, se ne aggiungono altre che, invece, evidenziano come il maggiore utilizzo di principi e strumenti economici nella valutazione degli effetti degli «aiuti di Stato» potrebbe contribuire a migliorare il sistema di *enforcement*.

Da un lato, infatti, si renderebbe *più esplicito* il bilanciamento tra aspetti positivi e negativi connessi all'attribuzione dell'aiuto; dall'altro, tale bilanciamento verrebbe ad essere operato in un quadro più coerente nel quale

risultati derivanti dalla condotta dell'impresa beneficiaria degli aiuti con quelli negativi conseguenti al drenaggio delle risorse dal sistema economico attraverso la leva fiscale, tenendo al contempo in considerazione il relativo costo opportunità verso impieghi alternativi delle risorse pubbliche. Cfr. OSTI C., *Di alcuni problemi, op. cit.*, in particolare nota 39. In argomento si veda anche SCHWALBE U., *Welfare Aspects of Financing State Aids*, presentazione al 4th Annual Experts' Forum on New Developments in European State Aid Control, 19 maggio 2006.

¹⁹³ Così espressamente, OSTI C., *Di alcuni problemi, op. cit.*

¹⁹⁴ Cfr. OSTI C., *Di alcuni problemi, op. cit.*, p. 438.

¹⁹⁵ Cfr. OSTI C., *Di alcuni problemi, op. cit.*, p. 439.

potrebbe favorirsi un'accresciuta consapevolezza del rapporto tra benefici attesi da – e costi sopportati per – l'attuazione dell'aiuto di Stato.

Nella medesima linea di ragionamento, si sostiene inoltre come la maggiore attenzione da riservare all'individuazione e quantificazione degli effetti prodotti dalla misura d'ausilio statale, non determinerebbe, di per sé, né il generale alleggerimento del sistema di controllo, né la diminuzione della prevedibilità e del grado di certezza delle *valutazioni di compatibilità* delle misure di intervento statale.

Infine, si sottolinea come un ulteriore aspetto positivo del maggiore ricorso all'analisi economica nell'applicazione della disciplina in tema di «aiuti di Stato» è quello relativo alla diminuzione dell'incidenza delle *componenti politiche* che intervengono nell'ambito del procedimento valutativo.

Altro profilo meritevole di approfondimento è quello concernente la possibilità di fare ricorso all'utilizzo dell'approccio economico anche in riferimento alla *qualificazione* di una misura d'ausilio statale come «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1 del Trattato¹⁹⁶.

Al riguardo, infatti, può essere rilevato come a fronte del frequente e consolidato richiamo operato dalla giurisprudenza delle Corti comunitarie al principio secondo cui la nozione di «aiuto di Stato» è una nozione *oggettiva* e che per il diritto comunitario, ciò che rileva ai fini della *qualificazione* della misura di ausilio statale è solo il relativo *effetto*, nell'attuazione pratica gli *effetti* delle misure d'ausilio sono stati generalmente *più presunti* che realmente accertati¹⁹⁷.

L'attenzione della Commissione in sede di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato si è, infatti, concentrata solo sulla verifica della sussistenza di *alcuni* aspetti della misura d'ausilio statale al fine della relativa riconduzione nell'ambito della nozione di «aiuto di Stato»: selettività dell'intervento; derivazione statale dell'ausilio o effettuazione tramite ricorso a risorse dello Stato; attribuzione di un vantaggio economicamente rilevante al beneficiario.

¹⁹⁶ Cfr. HILDERBRAND D., SCHEWEINSBERG A., *Refined Economica Approach in European State Aid Control – Will it Gain Momentum?*, in *World Competition*, 30(3), 2007, pag.449-462, in cui si rileva come attualmente vi siano tre ambiti del controllo degli aiuti di Stato nei quali si fa ricorso ad una qualche forma di analisi economica. Il primo ambito è quello del cd. «*balancing test*» tra aspetti positivi ed aspetti negativi dell'aiuto effettuato nella valutazione di compatibilità ex articolo 87, para 3, del Trattato. Un secondo ambito nel quale un maggior utilizzo dell'analisi economica potrebbe dare risultati positivi è quello dell'accertamento della sussistenza delle ipotesi di fallimenti del mercato; infine, un terzo ambito è quello della giustificazione delle condizioni di compatibilità. In tale linea di ragionamento, viene affermato come, in prospettiva, vi sia spazio per l'utilizzo dell'analisi economica anche nella fase della qualificazione di una misura d'ausilio statale ed auspicano, a tale proposito, «modernizzazione dell'applicazione dell'articolo 87, para 1 del Trattato».

¹⁹⁷ La valutazione delle conseguenze che un aiuto di Stato determina sugli scambi e sulla concorrenza è stata, infatti, agevolata dalla presunzione che un aiuto genera comunque effetti discorsivi: cfr, ad es. Tribunale di Primo Grado 6 marzo 2002, T-92/00 e T-132/00, *Territorio Historico de Alava e Ramondin SA e Ramondin Capsulas c. Commissione*, in Racc. II, 2002, para. 72 in cui si è affermato che qualsiasi aiuto concesso ad un'impresa che esercita le sue attività sul mercato comunitario è idoneo a causare distorsioni della concorrenza e ad incidere sugli scambi tra Stati membri.

Minore importanza è stata invece attribuita alla puntuale verifica della sussistenza di altri elementi della nozione come l'*effetto distorsivo* della concorrenza e l'*influenza sul commercio* tra gli Stati membri.

Si pensi, ad esempio, all'«effetto sul commercio intracomunitario», in relazione al quale la giurisprudenza della Corte ritiene sufficiente l'esistenza di una *semplice forma di commercio di prodotti* tra Stati membri al fine di riconoscere l'idoneità dell'aiuto erogato a distorcere la concorrenza intracomunitaria¹⁹⁸.

Indicativa, a tal proposito, è proprio la sentenza *Altmark* dove si è espressamente affermato che «secondo la giurisprudenza...non esiste una soglia o una percentuale al di sotto della quale si possa ritenere che gli scambi tra Stati membri non siano stati pregiudicati. Infatti, l'entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria non escludono a priori l'eventualità che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri...Pertanto, la seconda condizione per l'applicazione dell'art. 87, para 1, del Trattato, in base alla quale l'aiuto deve essere tale da incidere sugli scambi tra Stati membri, non dipende dalla natura locale o regionale dei servizi... forniti o dall'importanza del settore di attività interessato»¹⁹⁹.

¹⁹⁸ La prassi della Commissione e la giurisprudenza del Tribunale di Primo Grado e della Corte hanno generalmente riservato una modesta attenzione all'analisi degli effetti competitivi degli aiuti di Stato. Cfr. al riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia, 19 settembre 2002, *Commissione c. Spagna*, in causa C-113/00, in cui si è nella sostanza affermato che se il beneficiario di un aiuto di Stato opera in un mercato altamente concorrenziale, la concessione dell'aiuto può determinare effetti distorsivi della concorrenza. Si consideri, in particolare, il para 30 della citata pronuncia in cui si è affermato che «secondo una giurisprudenza costante della Corte, l'entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria non escludono a priori l'eventualità che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri (v., in particolare, sentenze 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*, detta «*Tubemeuse*», Racc. pag. I-959, punto 43; 14 settembre 1994, cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Spagna/Commissione*, Racc. pag. I-4103, punto 42, e 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, Racc. pag. I-2289, punto 86). Altri elementi possono svolgere, infatti, un ruolo determinante nella valutazione dell'incidenza di un aiuto sugli scambi, specialmente il carattere cumulativo dell'aiuto nonché la circostanza che le imprese beneficiarie operino in un settore particolarmente esposto alla concorrenza». Critiche a tale impostazione vengono espresse in quegli studi (Cfr. Office of Fair Trading (OFT), *Public Subsidies*, November 2004) nei quali si dimostra invece che gli effetti restrittivi sulla concorrenza sono più rilevanti in contesti di mercato imperfettamente competitivi.

¹⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Altmark*, cit., para. 81-82.

Cfr. CROCIONI P., *Can State Aid op.cit.*, in cui si osserva che «The simple presence of trade, however, does not necessarily mean that a negative spillover will occur as a result of a State aid being granted. Indeed, State aid could impose significant negative (or in some instances positive) spillovers only if the geographic market is wider than national – or encompasses an area which covers at least two Member States – and is imperfectly competitive. Therefore, both geographic market definition and market analysis are critical for assessing the presence and extent of negative spillovers. Where State aid may have important effects on output and prices which go beyond national boundaries geographic market definition analysis should play a vital and potentially more important role than in competition law cases. However, this is not the current approach as decisions are based not on market definition principles but on PROD COM codes and a presumption that when trade occurs negative spillovers will occur. Even when the market is defined to cover two or more Member States the granting of State aid might not necessarily result in a negative spillover. Market analysis and assessment of

In argomento, va però rilevato come alcuni più recenti pronunciamenti dei giudici comunitari inizino a sottoporre a vaglio critico la prassi seguita dalla Commissione nel condurre un'analisi poco attenta alla valutazione degli effetti delle misure d'ausilio statali sulla concorrenza e sul commercio tra gli Stati membri al fine della relativa *qualificazione* come «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 87, para 1.

Così, nel caso *Le Levant c. Commissione*, il Tribunale ha affermato che, relativamente al presupposto relativo alla minaccia della falsificazione della concorrenza, «... è giocoforza constatare...che la decisione impugnata non contiene indicazioni che permettano di individuare come e su quale mercato la concorrenza sia stata distorta o possa essere distorta dall'aiuto...» e che «...la Commissione ha rifiutato di esaminare i dati relativi ad un eventuale mercato...sul quale poteva realizzarsi una distorsione della concorrenza...», con la conseguenza che «la decisione impugnata non consente di comprendere in che senso l'aiuto in questione presenti tre dei quattro presupposti previsti dall'art. 87, n. 1, CE per stabilire l'incompatibilità con il mercato comune»²⁰⁰.

Nella medesima linea di ragionamento nel caso *Italia c. Commissione* è stato osservato come le indicazioni fornite dalla Commissione nella decisione «non chiariscono sotto quale profilo, a causa della concessione degli aiuti controversi e alla luce delle loro caratteristiche, nonché delle circostanze del caso in esame, si potesse incidere sugli scambi tra Stati membri, né sotto quale profilo si potesse falsare o minacciare di falsare la concorrenza»²⁰¹.

In tale prospettiva, dunque, gli strumenti forniti dall'analisi economica potrebbe essere impiegati per stabilire se la misura d'ausilio statale: a) conferisca un vantaggio economico al suo destinatario; b) sia selettiva o meno, ovvero sia idonea ad alterare il confronto tra il destinatario ed i suoi concorrenti; c) se la misura sia effettivamente in grado di distorcere la concorrenza ed il commercio intracomunitario²⁰².

Sotto questo particolare angolo visuale, è stato anche osservato come dovrebbe attribuirsi un *diverso significato* all'alterazione della «concorrenza» e degli «scambi» che si effettua nell'ambito della valutazione effettuata ex art 87, para 1 del Trattato ai fini della *qualificazione* della misura statale come «aiuto di Stato», rispetto a quella che deve essere

market power are critical to this end. Only where markets are imperfectly competitive should concern arise».

²⁰⁰ Tribunale di Primo Grado, Sentenza 22 febbraio 2006, in causa T-34/02, *EURL Le Levant c. Commissione*, para 123-125.

²⁰¹ Tribunale di Primo Grado, sentenza 6 settembre 2006, *Repubblica italiana c. Commissione*, in cause riunite T-304/04 e T-316/04, in particolare para 69 e para 74 in cui si afferma altresì che «ai fini dell'applicazione dell'art. 87, n. 1, CE, occorre, tuttavia, rilevare che la mera constatazione della partecipazione...agli scambi intracomunitari non basta a dimostrare l'incidenza sugli scambi medesimi o la distorsione della concorrenza...e, pertanto, richiede un'analisi approfondita degli effetti degli aiuti...».

²⁰² Al riguardo, è stato rilevato come «it appears that in practice, distortions of competition and effects on trade are assumed to be present when the measure is selective, that is, when the market position of the aid beneficiary vis-à-vis its competitors is improved by the aid. Accordingly, the scope for more economic analysis appears to be fairly limited in this regard.» Cfr. FRIEDERISZIK H., RÖLLER L-H., VEROUDEN V., *European State Aid*, cit., pag. 6

valutata nell'analisi di compatibilità dell'«aiuto di Stato» con il mercato comune ex articolo 87, para 3 del Trattato²⁰³.

Come si vede, dunque, il quadro di riferimento è articolato e le problematiche poste da un cambiamento dell'attuale sistema di *enforcement* in favore di uno *effect-based* sono alquanto complesse.

Tuttavia, nonostante i rilievi effettuati in riferimento all'utilizzo degli strumenti di *analisi economica* anche nell'ambito dell'applicazione della disciplina sugli «aiuti di Stato», va giudicata positivamente l'intenzione espressa dalla Commissione nel *Piano di Azione* di operare un'*organica riforma* delle modalità di applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato.

In tale linea di ragionamento, infatti, il riferimento all'utilizzo di un «*approccio economico più preciso*», pur con tutti i *caveat* soprarichiamati, costituisce prova dell'acquisita consapevolezza della necessità di operare un *enforcement meno formalistico* delle disposizioni in tema di aiuti di Stato e di superare quella *paradossale dissociazione* tra *affermazione di principi* e *pratica attuazione* che ha fino ad ora contraddistinto l'applicazione delle relative disposizioni.

Alcuni osservatori hanno rilevato come alle motivazioni che hanno favorito l'adozione di un approccio formalistico da parte della Commissione non sia estraneo un altro aspetto che ha caratterizzato fino ad ora l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato: l'accentramento pressoché totale della funzione di controllo nella Commissione²⁰⁴.

²⁰³ Cfr. FRIEDERISZIK H., RÖLLER L-H., VERouden V., *European State Aid, cit.*, e pag 39 «It is worth noting in this context the concepts of “distortion of competition” and “effect on trade” are not necessarily identical under Article 87(1) and Article 87(3). Article 87(1) has an important *jurisdictional* dimension, which is based on spillovers across member states. In particular, the mere *existence* or likelihood of an effect on non-domestic rivals is relevant under Article 87(1). Such an approach may be reasonable, as long as the *magnitude* and *importance* of these effects are assessed under Article 87(3)» e pag 43, nota 85, in cui si afferma che «The mere *existence* or likelihood of an effect on non-domestic rivals is the relevant criterion under Article 87(1). Under Article 87(3) it is not the existence but rather the *magnitude* and *importance* of these effects in terms of welfare which becomes relevant for the analysis of whether the aid measure is in the “common interest” of the EU or not».

²⁰⁴ Cfr. CROCIONI P., *Can State Aid op.cit.* In argomento si veda anche il contributo di HILDERBRAND D., SCHEWEINSBERG A., *Refined Economica Approach in European State Aid Control – Will it Gain Momentum?*, in *World Competition*, 30(3), 2007, pag.449-462, dove si rileva come l'approccio attualmente seguito a livello comunitario presenti molti elementi di somiglianza con la situazione che ha per lungo tempo caratterizzato l'applicazione dell'articolo 81 del Trattato. Nel sistema previgente l'adozione del Regolamento 1/2003, infatti, la dissociazione delineata dal Regolamento 17/1962 in punto di diretta applicabilità dei paragrafi 1 e 3 dell'articolo 81, ed il connesso riconoscimento in capo alla Commissione della competenza esclusiva in ordine alla valutazione delle condizioni legittimanti l'autorizzazione alla deroga ex articolo 81, para 3, aveva contribuito a determinare, in funzione di salvaguardia del monopolio riconosciuto alla Istanza comunitaria, un'interpretazione formalistica di alcuni degli elementi costitutivi delle fattispecie soggette a divieto antitrust: la rilevanza intracomunitaria e la restrizione della concorrenza. Il superamento del sistema di autorizzazione e la sua sostituzione con il sistema di eccezione legale operato con il Regolamento 1/2003 ha favorito anche il cambiamento dell'approccio seguito nella valutazione delle fattispecie soggette al divieto di cui all'articolo 81. In tale linea di ragionamento si osserva come data la notevole similitudine che caratterizza gli articolati normativi di cui agli articoli 81 ed 87 del Trattato – entrambi affermano un principio di divieto per alcune fattispecie idonee ad avere un effetto sul «commercio intra-comunitario» ed un «impatto distorsivo della concorrenza», prevedendo un sistema di eccezioni a tale divieto

B. - Aiuti di Stato: superamento delle "competenze esclusive"...e prospettive di applicazione decentrata. Anche in relazione al profilo dell'eccessivo accentramento del sistema di controllo, la posizione espressa dalla Commissione nel *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato* testimonia l'acquisita percezione dell'inadeguatezza dell'assetto attuale. In tale prospettiva, dunque, si propone la definizione di una nuova *governance* del sistema nel quale siano ripartite in maniera migliore le «responsabilità con gli Stati membri».

L'apertura prefigurata è comunque parziale nella misura in cui il maggior coinvolgimento degli Stati membri rimane limitato alla sola *assistenza* nell'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato: accertamento e recupero provvisorio di aiuti concessi illegalmente, esecuzione delle decisioni di recupero. Rimane, invece, al di fuori delle attuali prospettive di riforma un più *attivo coinvolgimento* nel sistema di *enforcement* in materia di aiuti di Stato²⁰⁵.

In realtà, un effettivo miglioramento del sistema di applicazione della disciplina, nel quale la valutazione degli *effetti restrittivi* venga realmente condotta e non solo *presunta* sembra non possa prescindere da un *progressivo decentramento delle responsabilità* di applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato così come avvenuto nelle altre aree del diritto della concorrenza²⁰⁶.

Al riguardo, va in primo luogo rilevato come gli effetti distorsivi conseguenti alla concessione di aiuti di Stato possono essere idealmente ricondotti a due categorie: distorsione del mercato (o dei mercati) in cui opera il beneficiario dell'aiuto; distorsione del mercato (o dei mercati) i cui effetti negativi si riverberano al di fuori del territorio dello Stato che ha erogato l'aiuto.

Sotto questo particolare angolo visuale dunque solo gli «aiuti di Stato», i cui effetti distorsivi – *effettivamente accertati* – coinvolgono anche Stati membri diversi da quello che li ha erogati dovrebbero essere assoggettati al controllo sopranazionale²⁰⁷. Di contro, per gli aiuti le cui distorsioni della concorrenza

di carattere generale condizionato alla sussistenza di alcuni requisiti di efficienza e di interesse comune. In tale prospettiva, quindi, si auspica una «modernizzazione» dell'applicazione dell'articolo 87, para 1 del Trattato che superi l'interpretazione ampia e formalistica della nozione di «aiuto di Stato».

²⁰⁵ Cfr. Commissione, *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato*, cit., para 51.

²⁰⁶ Sui problemi connessi all'applicazione decentrata della disciplina in tema di aiuti di Stato si veda NICOLAIDES P., *Decentralised State Aid Control in and Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?*, 26, *World Competition* 2, (2003), pp. 263-276; ROSS M., *Decentralization Effectiveness and Modernization: Contradictions in Terms?*, in BIONDI A., ECKHOUT P., FLYNN J., *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004.

²⁰⁷ A tale osservazione potrebbe obiettarsi che in realtà il sistema previsto dal Trattato implichi già l'effettuazione di un tale tipo di suddivisione nella misura in cui l'articolo 87, para 1 del Trattato richiede affinché la misura d'ausilio statale possa essere ritenuta suscettibile di ricadere nel relativo divieto che essa «incida sugli scambi tra gli Stati membri». Del resto, il requisito del «pregiudizio al commercio intracomunitario» è richiesto anche ai fini dell'applicazione degli articoli 81 ed 82 del Trattato. Nonostante tale apparente similitudine, non può non rilevarsi come l'attenzione rivolta all'accertamento della sussistenza dei requisiti sia certamente diversa in un caso rispetto all'altro. Infatti, per gli aiuti

rimangono *limitate* alla dimensione locale/statale, appare meno chiaro il motivo per cui il controllo debba essere *necessariamente* sopranazionale e non debba invece ritenersi ammissibile un controllo effettuato a livello nazionale.

Una delle più rilevanti carenze evidenziate dall'attuale sistema di *enforcement* seguito dalla Commissione è la mancata distinzione tra gli aiuti che distorcono la concorrenza a livello nazionale e quelli che creano *effetti di spillover* anche in altri Stati membri. Ed invero, non può non riconoscersi come dal punto di vista applicativo possono certamente presentarsi delle difficoltà nell'individuare le ipotesi in cui una determinata misura d'ausilio statale debba rientrare nell'una o nell'altra categoria.

In tale prospettiva dunque la questione centrale diventa individuare un criterio discrezionale affidabile per stabilire in quali casi dovrebbe intervenire un'autorità sopranazionale nell'effettuazione del controllo degli aiuti di Stato e quando invece la funzione potrà essere demandata a livello nazionale.

L'implementazione di un tale sistema di divisione delle competenze, postula evidentemente l'esistenza di una precisa ed affidabile definizione dei confini del *mercato rilevante* dal punto di vista *geografico* anche nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato²⁰⁸.

Anche in relazione a tale specifica questione vengono però in rilievo profili di criticità connessi alla esistenza di "*differenze*" tra la disciplina in materia di «aiuti di Stato» e quella di tutela della concorrenza.

In tale linea di ragionamento, dunque, sicuramente meritevole di approfondimento è la questione del se – ed eventualmente in quali termini – tali "*differenze*" hanno delle implicazioni specifiche anche per quanto riguarda la definizione del *mercato rilevante*.²⁰⁹

Tuttavia, nonostante la diversità delle prospettive di analisi, può comunque rilevarsi come tanto nel caso di applicazione della disciplina *antitrust* quanto nel caso di applicazione di quella sugli *aiuti di Stato*, l'obiettivo cui si tende con la definizione del mercato rilevante è quello di individuare il contesto nell'ambito del quale il comportamento o l'operazione sotto investigazione determina *effetti significativi sulle dinamiche competitive tra imprese*²¹⁰.

Una più attenta messa a fuoco di tali aspetti consentirebbe quindi di prefigurare una modifica dell'attuale sistema di *enforcement* per quelle ipotesi di aiuto i cui effetti rimangano confinati all'interno dello Stato che li eroga. In relazione a queste ipotesi, infatti, sarebbe auspicabile che la

di Stato che non pregiudicano il commercio tra gli Stati membri, ma che ciononostante hanno effetti distorsivi del mercato non sono previste forme di controllo nazionale, diversamente da quanto accade per la disciplina a tutela della concorrenza.

²⁰⁸ Sulla definizione del mercato rilevante nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato si veda FINGLETON J., RUANE F., RYAN V., *Market Definition and State Aid Control*, 1999, mimeo, pp. 33-36, reperibile su <http://europa.eu.int/comm/images/language/lang_en3.gif>.

²⁰⁹ Cfr. su tale aspetto il contributo di GARCIA J.A. e NEVENS D.J., *Identification of sensitive sectors in which State aids may have significant distorting effects*. Report to HM Treasury, 2004.

²¹⁰ Cfr. al riguardo CROCIONI P., *Can State Aid...op.cit.*, in particolare p. 101, nt. 37 in cui si rileva che «The European Commission has recently introduced the Significant Impact Tests (SIT) which attempt to screen those State aids that merit a deeper analysis. The SIT includes the Lesser Amounts of State Aid test (the LASA test) and the Limited Effect on intra-Community Trade test (the LET test)».

Commissione delegasse il controllo degli aiuti di Stato suscettibili di creare delle *distorsioni della concorrenza* a soggetti *interni* allo Stato membro che dispone l'aiuto. Tali soggetti, infatti, potrebbero venire a trovarsi in una posizione migliore per *accertare realmente gli effetti dell'intervento statale* ed effettuare in modo maggiormente consapevole il bilanciamento tra aspetti positivi ed effetti negativi dell'intervento statale.

Appare evidente come non possano essere trascurati alcuni potenziali problemi derivanti da tale applicazione decentrata, in primis quelli connessi ai possibili *conflitti di interesse* nella valutazione di interventi statali volti alla salvaguardia di interessi dell'economia nazionale.

In tale prospettiva, grande rilevanza assume l'esigenza di attribuire la funzione di controllo a soggetti aventi caratteristiche di indipendenza strutturale, organizzativa e funzionale rispetto alle Autorità di Governo ed esercitare in tal modo un'efficace azione di controbilanciamento della pressione esercitata sull'Autorità politica per l'attribuzione dell'aiuto²¹¹.

I soggetti cui affidare tali compiti potrebbero essere individuati nelle Autorità Nazionali di tutela della Concorrenza (ANC), mentre la Commissione potrebbe concentrarsi ad analizzare solo quei casi che presentano più significativi rischi di effetti negativi sul commercio tra gli Stati membri, posto però, che tale requisito venga *effettivamente accertato* attraverso un'attenta definizione del mercato rilevante dal punto di vista geografico.

La divisione di responsabilità consentirebbe alla Commissione di occuparsi di un numero minore di casi, agevolando il superamento dell'attuale impostazione che si fonda prevalentemente su una *presunzione degli effetti restrittivi* piuttosto che sull'effettivo accertamento dell'impatto competitivo dell'intervento statale.

Dal punto di vista dell'implementazione della disciplina in materia di aiuti di Stato, tale evoluzione potrebbe favorire, pur con tutte le *attenzioni* rese opportuni dalla *specificità* del controllo da effettuarsi, un maggior impiego anche in tale settore di tecniche di analisi e valutazione utilizzate nell'applicazione del diritto della concorrenza.

In tale linea di ragionamento, ci si potrebbe domandare se proprio intorno al tema del rapporto tra disciplina sugli aiuti di Stato e finanziamento degli obblighi di servizio pubblico non possa iniziare a riflettersi sulla possibilità di prefigurare un successivo stadio del processo di riforma della Politica sugli Aiuti di Stato: l'*associazione* delle Autorità Nazionali di Concorrenza alla Commissione nell'effettuazione del controllo delle misure di aiuto con potenziali effetti distorsivi della concorrenza di rilevanza comunitaria.

Del resto, l'esperienza comunitaria già da diverso tempo manifesta una tendenza a riorganizzare il proprio sistema di *enforcement* attraverso un

²¹¹ Al riguardo, un esempio di Autorità Nazionale della Concorrenza che è chiamata ad esprimersi anche in relazione ad aiuti di stato è fornito dall'Autorità Danese – *Konkurrencestyrelsen* – che svolge una funzione consultiva nei confronti delle autorità danesi e può formulare raccomandazioni in relazione a quelle ipotesi di aiuti di stato suscettibili di determinare una distorsione della concorrenza all'interno del mercato nazionale e che non ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria. Su tale esperienza si veda CROCIONI P., *Can State Aid Policy... op. cit.*, p. 97.

accentramento dei poteri normativi in capo alla Commissione (Regolamenti di esenzione per categoria in ambito antitrust e, più di recente, anche nel settore degli aiuti di Stato) ed *un corrispondente decentramento della relativa applicazione* ad una pluralità di soggetti organizzati a «rete». Esempi di tale genere possono essere rinvenuti, oltre che in relazione all'applicazione della disciplina antitrust attraverso l'*European Competition Network* (ECN)²¹², anche nei settori delle comunicazioni (ERG²¹³) e dell'energia elettrica e del gas (ERGEG)²¹⁴.

In questa medesima prospettiva, inoltre, ci si potrebbe altresì interrogare sulla possibilità di riprendere – in un'ottica nuova – *anche* il tema della *diretta applicabilità* della deroga di cui all'*articolo 86, para 2*, nell'ambito della disciplina sugli aiuti di Stato.

L'esperienza sulle *condizioni di diretta applicabilità* della deroga che le Autorità Nazionali Concorrenza (ed i giudici nazionali²¹⁵) hanno maturato in

²¹² Nel nuovo sistema delineato dal Reg. 1/2003, dove una pluralità di istituzioni sono dotate di competenze parallele e concorrenti nell'applicazione degli articoli 81-82, la rete di Autorità assume un ruolo determinante in qualità meccanismo che garantisce l'uniformità, da un lato, e la stretta cooperazione e di divisione del lavoro, dall'altro. La *European Competition Network* (ECN) costituisce una forma di cooperazione tra le Autorità nazionali di tutela della concorrenza nell'applicazione della disciplina prevista dagli articoli 81 ed 82 del Trattato. Attraverso la ECN la Commissione e le diverse Autorità nazionali responsabili per l'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza procedono all'informazione reciproca dei casi oggetto di intervento, alla condivisione delle decisioni assunte, al coordinamento delle investigazioni, allo scambio di informazione e, più in generale, alla discussione su aspetti di comune interesse. Si veda, al riguardo, la Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (Comunicazione 2004/C 101/03). La cooperazione tra la Commissione ed i giudici nazionali, si realizza, invece, attraverso la prestazione di attività di assistenza nelle cause in cui si faccia applicazione degli articoli 81 ed 82, e mediante l'esercizio di un ruolo attivo dell'organo comunitario in tali giudizi. Il Regolamento 1/2003 sancisce, infatti, la possibilità per la Commissione – che agisce d'ufficio – di presentare, nel ruolo di *amicus curiae*, osservazioni alle giurisdizioni nazionali scritte o orali, di natura non vincolante, ai giudici nazionali in merito a procedimenti che implicino questioni relative agli articoli 81 e 82 “qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme” di tali norme. (Cfr. Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali (Comunicazione 2004/C 101/04).

²¹³ L'*European Regulators Group for electronic communications networks and services* è stato istituito dalla Decisione della Commissione 2002/627/CE del 29 luglio 2002, modificata dalla Decisione della Commissione 2004/3445/CE del 14 settembre 2004, e si propone di definire un meccanismo per incoraggiare la cooperazione ed il coordinamento tra i Regolatori nazionali e la Commissione per promuovere lo sviluppo del mercato interno delle comunicazioni elettroniche, attraverso una coerente applicazione in tutti gli Stati membri della disciplina delineata dal nuovo quadro regolatorio.

²¹⁴ Il *Gruppo Europeo dei Regolatori dell'Elettricità e del Gas (ERGEG)*, istituito dalla Decisione 2003/796/CE del 11 novembre 2003, è un gruppo consultivo costituito dai rappresentanti delle Autorità nazionali indipendenti di regolazione dei settori elettrico e del gas naturale per coadiuvare la Commissione nel consolidamento del mercato interno dell'energia elettrica e del gas, in particolare nella preparazione nella presentazione di proposte per l'attuazione delle disposizioni contenute nelle Direttive 2003/54/CE in materia di energia elettrica, 2003/55/CE in materia di gas naturale e nel Regolamento 1228/2003/CE sugli scambi transfrontalieri di energia.

²¹⁵ Per quanto riguarda la cooperazione tra la Commissione ed i giudici nazionali in materia di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, può ricordarsi che nell'attuale sistema essa si sviluppa secondo modalità descritte nella *Comunicazione della Commissione relativa alla*

relazione al *regime concorrenziale* delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale potrebbe, infatti, costituire il *patrimonio di conoscenza* utile a favorire l'estensione della *diretta applicabilità* della previsione derogatoria di cui all'articolo 86, para 2 del Trattato *anche* nel settore degli aiuti di Stato.

In tal modo sarebbe possibile superare l'attuale, per certi versi difficilmente *giustificabile*²¹⁶, biforcazione della disposizione da ultimo richiamata che è direttamente applicabile solo in relazione *ad alcune* delle norme del Trattato volte a garantire un assetto concorrenziale del mercato e non anche in relazione *alle altre* previsioni dello stesso Trattato che svolgono una funzione *complementare* a quelle in tema di concorrenza applicabili alle imprese.

In tale linea di ragionamento viene in rilievo la previsione di cui all'ultima parte dell'articolo 86, para 2, del Trattato, a mente della quale la possibilità di derogare all'applicazione delle norme del Trattato trova un *limite insuperabile* nell'impossibilità di compromettere lo sviluppo degli scambi «in misura contraria agli interessi della Comunità».

Ora, in considerazione del fatto che proprio sul presupposto dell'esistenza di tale *limite* – ritenuto comunque idoneo a consentire alla Commissione di escludere, «in casi particolari», l'applicazione della clausola derogatoria ex articolo 86, para 2 – la Corte di Giustizia non ha ritenuto sussistente alcun impedimento all'affermazione della *diretta applicabilità dell'articolo 86, para 2*, in relazione alla *disciplina comunitaria della concorrenza rivolta alle imprese*²¹⁷, analoga funzione potrebbe esserle riconosciuta anche nel settore degli aiuti di Stato.

Tale previsione ben potrebbe, infatti, costituire una *valvola di sicurezza* utile a garantire la tenuta complessiva del sistema di *enforcement* della disciplina sugli aiuti di Stato, evitandone derive contrarie all'«*interesse della Comunità*».

In tale linea di ragionamento, inoltre, per garantire coerenza ed uniforme applicazione della disciplina potrebbe farsi ricorso a *meccanismi di raccordo* modellati su quelli previsti dal Regolamento 1/2003, che facciano comunque salva la *possibilità della Commissione di avocare a sé dei casi specifici*²¹⁸.

cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, in GUCE n. C 312 del 23/11/1995 p.8-13.

²¹⁶ Cfr. Conclusioni dell'AG Tizzano, nella causa *Ferring, cit.*, il quale afferma espressamente come non sembrano sussistere «valide ragioni per escludere detta competenza dei giudici nazionali quando si tratta di giustificare la concessione di aiuti destinati a compensare gli extraoneri di servizio pubblico sopportati da determinate imprese». Nella misura in cui effettivamente sussistano le condizioni per l'applicazione della deroga, infatti, gli aiuti sono de iure compatibili con il mercato comune, senza che sia necessaria a tal fine una decisione di autorizzazione della Commissione.

²¹⁷ Tra i destinatari di tali norme, infatti, non ci sono soltanto le *imprese private*, ma anche le «imprese pubbliche» e le imprese cui lo Stato «riconosce diritti speciali od esclusivi».

²¹⁸ Cfr. a tal riguardo l'articolo 11, para 6, del Reg. 1/2003 che consente alla Commissione di avocare sé dei procedimenti ex articoli 81 e 82, con ciò privando della competenza una (o più) Autorità nazionali, sia nella fase iniziale della c.d. «divisione dei casi», che successivamente quando è già stata individuata la specifica competenza. Il Regolamento non indica in quali circostanze e a quali condizioni la Commissione potrà avvalersi di questo potere, prevedendo solo una «previa consultazione» con le Autorità nazionali che stanno già trattando il caso.

In definitiva, dunque, grazie al percorso di riforma avviato dalla Commissione nel *Piano di Azione sugli Aiuti di Stato* potrebbe innescarsi un processo che consenta di *prefigurare anche in relazione all'applicazione della disciplina sugli «aiuti di Stato»* – almeno per ciò che riguarda il *finanziamento dei servizi di interesse economico generale* – un'evoluzione analoga a quella avutasi in relazione all'articolo 81, para 3 del Trattato²¹⁹, favorendo, nel contempo, anche il superamento di alcuni di quei «*limiti*» che caratterizzano l'attuale controllo di compatibilità delle misure di sostegno finanziario concesse ai fornitori di servizi di interesse generale.

Oltre alle considerazioni sopra effettuate circa la scarsa attenzione dedicata ad una puntale analisi degli effetti delle misure d'ausilio, infatti, va ricordato come proprio in riferimento alla verifica di compatibilità delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico, la Commissione abbia espressamente riconosciuto che tale controllo viene effettuato «*solo*» «alla luce delle norme sul mercato interno, sulla concorrenza e sugli aiuti di stato» e che «gli aspetti principalmente presi in considerazione riguardano il minimo impatto distorsivo possibile e l'agevolazione dell'ingresso di altri operatori nel mercato interessato»²²⁰.

Restano, invece, sostanzialmente fuori quadro dall'analisi di compatibilità, per stessa ammissione dell'Esecutivo comunitario, gli *aspetti di efficienza* dei meccanismi di finanziamento, gli *effetti redistributivi* e gli *effetti di lungo termine sugli investimenti* in infrastrutture e sulla sicurezza delle forniture²²¹.

Come si vede, dunque, profili di non poco rilievo sui quali l'*azione di assistenza* alla Commissione svolta dalle Autorità Nazionali di Concorrenza nell'*enforcement* della disciplina sugli aiuti di Stato in questo ambito, potrebbe contribuire ad un complessivo miglioramento delle modalità di prestazione dei servizi di interesse economico generale nel mercato comunitario.

²¹⁹ Tale evoluzione richiede di verificare se l'articolo 88, para 3 del Trattato costituisca o meno un ostacolo al *decentramento dell'enforcement* della disciplina sugli aiuti di Stato. Come noto, infatti, l'articolo 88, para 3 del Trattato prevede, infatti, che «Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 87, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista [dall'articolo 88.2]. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto ad una decisione finale». La questione centrale diventa dunque capire se tale disposizione del Trattato *presenti dei margini* per poter prefigurare un controllo degli aiuti di Stato anche da parte di *soggetti diversi dalla Commissione*. In via prima osservazione, e senza alcuna pretesa di esaustività, può ricordarsi che l'articolo 89 stabilisce che «Il Consiglio...può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 87 e 88 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 88, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuto che sono dispensate da tale procedura». In tale linea di ragionamento si potrebbe argomentare – in ossequio al principio in base al quale il *potere maggiore* include il *potere minore* – che se il Consiglio può «per alcune categorie di aiuti» prevedere un esonero totale dalle procedure previste dall'articolo 88.3, lo stesso Consiglio dovrebbe ritenersi titolare del potere di prevedere «categorie di aiuti» per i quali la *valutazione di compatibilità* possa essere demandata alle Autorità Nazionali di Concorrenza, prevedendo comunque dei meccanismi che consentano un intervento di supervisione della Commissione in funzione di salvaguardia dell'*interesse comunitario*.

²²⁰ Cfr. *Libro Verde, sui Servizi di Interesse Generale*, cit. in particolare para 90 e 91.

²²¹ *Ibidem*.