

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il concetto d'impresa

Sommario: I. LA NOZIONE TRA INDIRIZZO INTERPRETATIVO-APPLICATIVO E *RESTATEMENT* DELLA COMMISSIONE. – II. PARALLELISMO O DIVERGENZA CON L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE DELLE LIBERTÀ DEL MERCATO. – III. IRRILEVANZA DEL CRITERIO SOGGETTIVO PER LA VALUTAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI O PRIVATI. – IV. IL CRITERIO OGGETTIVO PER LE ATTIVITÀ NON-ECONOMICHE ED ECONOMICHE E LA DISSOCIABILITÀ IN CASO DI CUMULO TRA DIVERSE ATTIVITÀ SVOLTE DALLO STESSO SOGGETTO. – V. LE ATTIVITÀ A CARATTERE SOCIALE. – VI. (*Segue*) LE ATTIVITÀ PREVIDENZIALI DI BASE E COMPLEMENTARI.

I. LA NOZIONE TRA INDIRIZZO INTERPRETATIVO-APPLICATIVO E *RESTATEMENT* DELLA COMMISSIONE

Nel diritto dell'Unione europea, la nozione di impresa ha carattere trasversale e propedeutico dell'applicabilità del diritto della concorrenza, riferendosi ai destinatari di tutte le fattispecie normative *anti-trust* e della relativa applicazione coercitiva, nonché a coloro che sono obbligati a richiedere autorizzazione preventiva per effettuare una concentrazione.

Tale categoria giuridica è stata approfondita soprattutto in relazione all'applicazione del divieto di aiuti di Stato e della deroga dei servizi di interesse economico generale (in seguito anche SIEG). Specie in questi ultimi due settori, la qualificazione del carattere economico di

un'attività riveste un ruolo centrale in quanto, da un lato, giustifica la distinzione con le attività che restano di competenza esclusiva degli Stati membri; dall'altro, rappresenta il presupposto materiale del conferimento di diritti esclusivi o speciali da uno Stato membro, giustificabili solo per una missione di servizio pubblico¹.

In assenza di definizione nei Trattati, l'interpretazione da parte della Corte di giustizia e la prassi decisionale della Commissione includono, nella nozione in parola, qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato. Occorre subito evidenziare che l'accertamento dell'esistenza effettiva o potenziale di un mercato di riferimento per una determinata attività può differire in forza delle diverse modalità di organizzazione, da uno Stato membro ad un altro, così come in periodi diversi a seguito della riforma di determinati settori materiali, come ad esempio per i servizi previdenziali e sanitari.

La nozione di impresa ai sensi delle norme comunitarie sulla concorrenza può essere definita di tipo funzionale, in quanto si riferisce al tipo di attività svolta anziché alle caratteristiche dell'operatore che la esercita². In sostanza, la qualifica-

¹ C. giust. CE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, in *Racc.* 1993, p. I-1979, punto 21; C. giust. CE, 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, in *Racc.* 1997, p. I-4013, punto 14, C. giust. CE, 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre, detta «Job Centre II»*, in *Racc.* 1999, p. I-7119, punto 21; C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Racc.* 2001, p. I-5751, punto 77; C. giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, in *Racc.* 2002, p. I-6451, punto 74; C. giust. CE, sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Racc.* 2003, p. I-8089, punto 19; C. giust. CE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Racc.* 2003, p. I-1577, punto 46; C. giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de*

Paris/Commissione, in *Racc.* 2003, p. I-9297, punto 79; C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA e al.*, in *Racc.* 2008, p. I-289, punto 108; C. giust. CE, 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse SpA c. Sotacarbo SpA*, in *Racc.* 2008, p. I-2843, punto 28; 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani, ETI SpA*, in *Racc.* 2009, p. I-10893, punto 38; C. giust. CE, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 21.

² Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 22 maggio 2003, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), e al. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e al.*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.* 2005, p. I-2493, punto 26.

zione di impresa ad una persona fisica o giuridica (condizione soggettiva) non riveste vera e propria autonomia concettuale ma si «intreccia» con il riconoscimento del carattere economico di una determinata attività (condizione oggettiva).

In premessa può dirsi che l'elemento discriminante per la definizione della natura delle attività dello Stato membro (o altre autorità pubbliche) appare la distinzione (o la «scindibilità» in caso di cumulo) fra l'esercizio delle prerogative pubbliche («potere d'imperio») e lo svolgimento di attività di natura industriale o commerciale³. Inoltre, anche un'attività svolta da soggetti non-statali può rivestire carattere non-economico a condizione che sia contrassegnata in modo preponderante dal principio di solidarietà (nazionale) e dal controllo dello Stato membro sul regime applicabile.

La definizione della nozione rientra nella competenza del diritto dell'UE che però tiene conto del contesto legislativo, amministrativo e contrattuale della fattispecie a livello degli Stati membri⁴, senza però alcun condizionamento dovuto allo *status* giuridico dei soggetti interessati nel diritto nazionale. Al contrario, la qualificazione nazionale può trovare diversa o contrapposta valutazione da parte della Commissione e dei giudici dell'Unione che, seguendo la tecnica pretoria, proce-

dono al «raffinamento» dei criteri di analisi e di valutazione del carattere economico delle attività ai fini della concorrenza.

Sull'evoluzione interpretativa della nozione può essere utile riferirsi alla Comunicazione sugli aiuti di Stato ai SIEG (2011)⁵ che, in collegamento con gli altri atti del «pacchetto Alunmia», fornisce per la prima volta un vero e proprio *restate-ment* della giurisprudenza e della prassi decisionale. Al riguardo, la Commissione è motivata dall'esclusiva finalità di facilitare la conoscenza della materia e conferire certezza del diritto e prevedibilità della propria azione decisionale; invece, una Comunicazione interpretativa non assume in quanto tale valore vincolante⁶.

Per meglio esemplificare il rilievo della questione, si può ricordare il contesto degli aeroporti regionali. In tale ambito, le attività venivano nel passato considerate di carattere non-economico, in quanto rientranti nella politica di coesione economica e sociale, secondo l'orientamento espresso nella Comunicazione sugli orientamenti per l'aviazione (1994). Alla luce dello sviluppo degli aeroporti regionali e delle compagnie aeree a basso costo ivi operanti, i giudici dell'Unione si sono pronunciati per la prima volta nella sentenza *Aeroports de Paris*⁷, esprimendo un'interpretazione estensiva del carattere econo-

³ C. giust. CE, 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1988, p. 2599, punti 7, 14 e 15; 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol*, in *Racc.* 1995, p. I-43, punti 30 e 31.

⁴ C. giust. CE, 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C-41/90 in *Racc.* p. I-1979, punto 21.

⁵ C. giust. CE, la Corte 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband v. Ichthyol Gesellschaft Cordes*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.* 2006, p. I-2493, punto 25.

⁶ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, del 20 dicembre 2011, documento C(2011) 9404 definitivo, punti 8-25 (pubblicata in G.U.U.E. C-8, 11 gennaio 2012, p. 4 ss.); cfr. una versione precedente più ampia, SEC(2010) 1545 final, 7 dicembre 2010, Guida relativa all'applicazione ai servizi d'interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali d'interesse generale, delle norme dell'Unione europea in ma-

teria di aiuti di Stato, di «appalti pubblici» e di «mercato interno».

⁷ V. da ultimo C. giust. UE, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*, che ritiene legittima l'applicazione, da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, della nozione di *restrizione sensibile* ai sensi dell'articolo 101 TFUE anche in assenza delle soglie previste dalla «comunicazione de minimis» (Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis), G.U.U.E. C-368, 22 dicembre 2001, pp. 13-15). Secondo la Corte, anche la stessa Commissione è vincolata dalle discipline o dalle comunicazioni da essa emanate «unicamente nei limiti in cui queste ultime non derogano a una buona applicazione delle norme del Trattato», v. C. giust. CE, 11 settembre 2008, *Repubblica federale di Germania (C-75/05 P)*, *Glunz AG e OSB Deutschland GmbH (C-80/05 P)* c. *Kro-nofrance SA*, cause riunite C-75/05 P e C-80/05 P,

mico delle attività che vi si svolgono. La Commissione ha ovviamente tenuto conto di questo indirizzo in una successiva e specifica Comunicazione sugli aeroporti regionali⁸. Sul diritto applicabile a livello inter-temporale, la recente Sentenza *Mitteldeutsche Flughafen*⁹ ribadisce che «l'interpretazione data dalla Corte di una disposizione di diritto dell'Unione si limita a chiarire e a precisare il significato e la portata della stessa, quale avrebbe dovuto essere intesa ed applicata fin dal momento della sua entrata in vigore»¹⁰.

II. PARALLELISMO O DIVERGENZA CON L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE DELLE LIBERTÀ DEL MERCATO

La nozione di impresa può determinare un diverso ambito di applicazione del diritto della concorrenza e della circolazione delle libertà fondamentali¹¹. In alcune sentenze, la Corte di giustizia, dopo aver valutato le caratteristiche economiche di un'attività ai fini dell'applicazione di una delle due discipline, considera successivamente i presupposti di applicazione dell'altra. La dichiarata differenza di ambiti di applicazione comporta talvolta una diversa valutazione del carattere economico delle attività; in altri casi serve solo a dare completezza di argomentazione all'analisi giurisprudenziale.

La principale ragione del diverso campo di applicazione della due discipline deriva dalla diversa rilevanza delle modalità di organizzazione delle attività a livello nazionale. Come sottolineato dell'Avvo-

cato generale Maduro nelle conclusioni del caso *Fenin*, gli Stati membri possono organizzare determinate attività in modo da conferire predominanza al principio di solidarietà sicché assumano carattere non-economico, sottraendole così all'ambito di applicazione della concorrenza; sul versante del principio della libera prestazione dei servizi non influiscono invece la modalità organizzative di un'attività a livello nazionale¹². Ci sembra opportuno aggiungere che il mercato interno non è in alcun caso «compartizzabile» mentre la concorrenza tiene conto soltanto del pregiudizio al commercio transnazionale.

Vale pertanto la pena di accennare alla prassi che sembra indicare la natura unitaria o duplice della nozione di impresa e, di conseguenza, il parallelismo o la divaricazione nell'applicazione delle due discipline.

A favore di un parallelismo applicativo si può ricordare la fattispecie del trasporto dei malati, che la Corte esamina nella sentenza *Gloeckner*, concludendo che si tratta di un'attività economica in entrambe le prospettive di analisi¹³. Nel senso di un carattere quasi integrativo fra le due discipline, si esprime la sentenza *Wouters*, che qualifica gli avvocati quali imprese e l'Ordine degli Avvocati quale associazione di imprese, considerando però giustificabili gli effetti restrittivi della concorrenza necessari al buon esercizio della professione. Vi si afferma così una sorta di «traslazione» al settore della concorrenza della giurisprudenza sui motivi di interesse imperativo che possono giu-

in *Racc.* 2010, p. I-06619, punto 65 e giurisprudenza ivi citata.

⁸ C. giust. CE, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, causa T-128/98, in *Racc.* 2002, p. II-3929.

⁹ Il punto 12 delle linee guida del 1994 che prevede che la realizzazione di progetti di infrastrutture costituisce una misura di politica generale che non può essere controllata dalla Commissione europea a norma delle regole del Trattato relative agli aiuti di Stato e al finanziamento delle infrastrutture aeroportuali (richiamato anche al punto 19 degli orientamenti del 2005), la cui applicazione da parte della Commissione deve essere fatta sulla base della evoluzione e della interpretazione giurisprudenziale in materia di finanziamento delle infrastrutture collegate con l'attività di gestione aeroportuale, anche ove l'ap-

plicazione dei principi di giurisprudenza conduca alla disapplicazione del citato punto 12.

¹⁰ C. giust. UE, la Corte 19 dicembre 2012, causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 62 e 63, che confermano l'interpretazione del Tribunale.

¹¹ Trib. CE, 12 febbraio 2008, *BUPA e a./Commissione*, T-289/03, in *Racc.* 2010, p. II-81, punto 159 e giurisprudenza ivi citata.

¹² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti, cit., considerando 15.

¹³ Conclusioni dell'avv. gen. Poiars Maduro del 10 novembre 2005, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-205/03 P, in *Racc.* 2007, p. I-6295, punto 51.

stificare limiti alla circolazione delle libertà del mercato.

Nel senso di una diversità di applicazione delle due discipline, la Corte nella sentenza *Freskott*¹⁴ esclude l'esistenza di una attività economica al fine dell'applicabilità delle regole della concorrenza, *poiché gli elementi essenziali del regime in esame, specialmente la tipologia delle prestazioni ed l'entità del contributo da versare, sono stabiliti dal legislatore nazionale*¹⁵; la Corte riconosce, al contrario, la qualificazione di attività economica ai fini della applicabilità della libera circolazione dei servizi, dal momento che il regime in parola è idoneo a determinare ostacoli ai prestatori di altri Stati membri, pur giustificabile da motivi imperativi di politica sociale¹⁶.

Nella sentenza *Meca Medina*¹⁷ la Corte di giustizia afferma che le norme in discussione non costituiscono restrizioni alla libera circolazione, *giustificate dal legittimo obiettivo dell'organizzazione e del corretto svolgimento di una manifestazione sportiva, finalizzata cioè ad assicurare un sano spirito di emulazione tra gli atleti*. Non è escluso invece che tali norme possano rientrare nell'ambito di applicazione della concorrenza¹⁸, in quanto *la regolamentazione antidoping è stata adottata da un'associazione di impresa in regime di monopolio*¹⁹.

In relazione all'attività di un ente previdenziale, la sentenza *Kattner Stahlbau*²⁰ stabilisce che non costituisce un'impresa

ai fini del diritto della concorrenza se adempie ad una funzione di carattere esclusivamente sociale sotto il controllo di uno Stato membro²¹; mentre tale attività può rientrare nell'ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi le cui eventuali restrizioni sono però giustificabili sulla base di un motivo imperativo di interesse generale quale il rischio di un grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale²².

In via di principio, la sentenza *Viking*²³ ricorda che le due discipline possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione per cui gli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori possono essere esclusi dal campo di applicazione della concorrenza in quanto altrimenti sarebbero compromessi i loro obiettivi di politica sociale, mentre tale ragionamento non può essere applicato alle libertà fondamentali del mercato.

III. IRRILEVANZA DEL CRITERIO SOGGETTIVO PER LA VALUTAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI O PRIVATI

Anche per altri profili di diritto dell'Unione, la nozione di impresa si riferisce a profili soggettivi sostanziali e non formali a carattere funzionale e non istituzionale.

Ad esempio, la nozione può riguardare una «unità economica» costituita da più persone fisiche o giuridiche²⁴ a cui imputare l'azione anticoncorrenziale di un'im-

¹⁴ Causa C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2002, I-8089, punti 18 e 19 e punto 49.

¹⁵ C. giust. CE, 22 maggio 2003, *Freskot AE contro Elliniko Dimosio*, Causa C-355/00, in *Racc.* 2005, p. I-5263.

¹⁶ v. punti 77-79, 88, dispositivo 4.

¹⁷ *Ibidem*, punti 54-55, 57, 59-60, 63, 73-74, punto 3.

¹⁸ C. giust. CE, 18 luglio 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione*, causa C-519/04 P, in *Racc.* 2006, p. I-6991, punto 43. La sentenza ha annullato in appello per un errore di diritto la sentenza del Tribunale di primo grado senza inficiare la correttezza del ragionamento relativo alla estraneità alle libertà economiche fondamentali delle regole puramente sportive e che non attengono all'attività economica, come quelle concernenti l'organizzazione dello sport, nonché la regolamentazione antidoping adottata dal CIO;

v. Trib. CE, 30 settembre 2004, causa T-313/02, *Meca-Medina e Majcen c. Commissione (Meca-Medina)*, in *Racc.* 2005, p. II-3291. V anche Trib. CE, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau c. Commissione*, causa T-193/02, in *Racc.* 2007, p. II-209, punto 78.

¹⁹ *Ibidem*, punti 31 e 34.

²⁰ La dicotomia libertà di circolazione/concorrenza è riaffermata in senso inverso nella sentenza *Viking*.

²¹ C. giust. CE, 5 marzo 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, causa C-350/07, in *Racc.* 2011, p. I-1513, punti 66, 72, 74 e 75.

²² *Ibidem*, punto 34.

²³ *Ibidem*, punti 73-92.

²⁴ C. giust. CE, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Causa C-438/05, in *Racc.* 2009, p. I-10779, punti 47-53.

presa che non decida in modo autonomo il suo comportamento sul mercato. In questo caso tale azione può essere imputata ad un'altra società che eserciti un'influenza determinante in forza di vincoli economici oppure giuridici²⁵; tuttavia, anche quando la società «madre» è titolare della totalità della proprietà della società «figli», occorre dimostrare il coordinamento nell'attività in esame fra la società controllante e la società-figlia.

Altrettanto nella disciplina relativa ai trasferimenti di impresa²⁶, la nozione comprende qualsiasi entità economica organizzata stabilmente, a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di finanziamento della medesima, vale a dire qualsiasi complesso di persone ed elementi che consenta lo svolgimento di un'attività economica che persegua un proprio obiettivo e che sia sufficientemente strutturata e autonoma²⁷.

Così per l'applicazione del diritto della concorrenza, i giudici dell'Unione non traggono conclusioni sulla natura di impresa dallo status giuridico del soggetto interessato nel diritto nazionale (società, ente commerciale, impresa pubblica, ente senza fini di lucro, fondazione, associazione, organizzazione internazionale, etc.²⁸). Secondo l'art. 345 TFUE, il diritto dell'Unione è «neutrale» rispetto alla na-

tura pubblica o privata degli azionisti dell'impresa. L'analisi sulla natura giuridica dell'ente è continuamente «intrecciato» con il criterio oggettivo, vale a dire con le argomentazioni sulle modalità di organizzazione delle attività in discussione.

Per le attività nell'ambito delle «prerogative pubbliche», la qualificazione non muta se lo Stato membro agisce tramite un organo dell'amministrazione o tramite un Ente cui abbia conferito diritti speciali od esclusivi²⁹. L'attribuzione di compiti e di attività di sorveglianza potrebbe persino essere affidata ad un'impresa privata senza che si modifichi la finalità pubblica dell'attività, ad esempio la protezione dei cittadini e dell'ambiente, nonché la salvaguardia da danno ambientale e pericoli per la salute³⁰. In generale, l'attribuzione di una personalità giuridica autonoma è poi ininfluenza, se si rileva l'esistenza di relazioni finanziarie con lo Stato membro, come ad esempio nel caso di un organismo pubblico di investimento (*single purpose vehicle*), il cui unico obiettivo sia la gestione e l'esercizio di un'infrastruttura pubblica³¹.

Quanto all'attività dei soggetti *in house*, non esiste ancora a riguardo una pronuncia giurisprudenziale, ma si può certamente ritenere tale «modalità organizzativa» irrilevante per la valutazione

²⁵ V. ad esempio, C. giust. CE, 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, in *Racc.* 2008, p. I 11987, punto 40.

²⁶ V. ad esempio sentenze della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä-Serla e a./Commissione*, C-294/98 P, in *Racc.* 2002, p. I-10065, punto 27; del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, in *Racc.* 2007, p. I-5425, punto 117, e del 10 settembre 2009, *Akzo Nobel e a./Commissione*, C-97/08 P, in *Racc.* 2011, p. I 8237, punto 58.

²⁷ Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, G.U.U.E. L 82, 22 marzo 2001, p. 16 ss.

²⁸ Sentenze 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, causa C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal e a.*, in *Racc.* 2000, p. I-8179, punti 26 e 27; 26 settembre 2000, causa C-175/99, *Mayeur*, in *Racc.* 2002, p. I-7755, punto 32; *Abler e a.*, cit.,

punto 30; sentenze 13 settembre 2007, causa C-458/05, *Jouini e a.*, in *Racc.* 2009, p. I-7301, punto 31, 29 luglio 2010, causa C-151/09, *UGT-FSP*, p. I-7591, punto 26; 6 settembre 2011, *Ivana Scatolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, Causa C-108/10, non ancora pubblicata.

²⁹ C. giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-9297, punto 75. Per ulteriore precisazione, v. anche sentenze del 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio e al. c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, in *Racc.* 2002, p. I-691, punto 23; 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-6295, punto 25.

³⁰ C. giust. CE, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 8.

³¹ C. giust. CE, 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, in *Racc.* 1999, p. I-1547, punto 22.

della natura economica dell'attività³². La circostanza che le imprese possano essere inquadrate come aziende municipalizzate non scongiura eventuali ripercussioni sulla concorrenza, giacché queste imprese sono presenti su uno stesso mercato con altri operatori pubblici e privati. Inoltre, le imprese che percepiscono i finanziamenti potrebbero sfruttare questi vantaggi per competere con altre imprese su mercati diversi. Questa posizione è affermata nel Reg. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto³³, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed nel caso *Asemfo*³⁴ e in alcune recenti decisioni della Commissione³⁵.

Per gli enti privati, la qualificazione di impresa e dell'attività economica svolta non è determinata dalla circostanza che un ente sia costituito come associazione senza scopo di lucro oppure operi senza fini di lucro. Se le prestazioni offerte sul mercato da siffatti enti si pongono in concorrenza con quelle di altri operatori economici³⁶, non rileva se l'attività esercitata sia senza scopo di lucro o di natura commerciale. La carenza della finalità di lu-

cro non esclude la presenza del carattere economico dell'attività³⁷; costituisce soltanto un criterio pertinente di valutazione, anche se non sufficiente³⁸. Un ente non può essere qualificato come impresa soltanto quando si limiti ad un'attività di natura esclusivamente sociale o di pubblica utilità, svolta al di fuori di un mercato di riferimento³⁹, vale a dire fuori dalla sfera degli scambi economici⁴⁰.

Non esiste la possibilità di esentare una specifica tipologia di enti non commerciali o *non profit*, ma occorre valutare "caso per caso" l'organizzazione delle sue attività. Ad esempio, secondo la sentenza *Cassa di Risparmio di Firenze*⁴¹ è esclusa la qualificazione come impresa di una fondazione bancaria, se l'attività consiste nel versamento di contributi per motivazioni esclusivamente sociali e un ruolo caratteristico di un'organizzazione caritativa⁴². Tuttavia, non si può escludere che, in determinati ambiti di pubblica utilità, le fondazioni possano svolgere attività secondo modalità tipiche di un'impresa.

Lo stesso principio vale per gli enti non commerciali della Chiesa e delle as-

³² Trib. UE, 24 marzo 2011, cause riunite T-443/08 e T-455/08, *Freistaat Sachsen e Mitteldeutsche Flughafen/Commissione*, punti 128-130. Le considerazioni rilevanti ai fini dell'argomento in oggetto sono stati confermati dalla sentenza della Corte 19 dicembre 2012, causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG e a.l.c. Commissione europea*.

³³ Comunicazione SGEI, considerando 13.

³⁴ V. articoli 5 § 2 e 6 § 1, Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, in G.U.U.E. L 21017 agosto 2011, p. 2.

³⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 28 settembre 2006, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contro Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, causa C-295/05, in *Racc.* 2008, p. I-2999, punti 110-116, spec. punto 114: «Orbene, se un servizio esecutivo interno "proprio" di un'amministrazione pubblica si manifesta su segmenti di mercato aperti, senza che siano state adottate misure adeguate e trasparenti per evitare che gli eventuali vantaggi finanziari e materiali, che esso ricava dalla circostanza di operare per la maggioranza delle sue attività come organo di esecuzione di un ente pubblico, vengano utilizzati nella concorrenza sui segmenti di mercato aperti, non

sono soddisfatte le condizioni esplicite poste dall'art. 86, n. 1, CE.».

³⁶ Dec. Comm. UE, 23 febbraio 2011, relativa all'aiuto di Stato C-58/06 (*ex NN 98/05*) al quale la Germania ha dato esecuzione a favore delle società *Bahnen der Stadt Monheim (BSM)* e *Rheinische Bahngesellschaft (RBG)* nel *Verkehrsverbund Rhein-Ruhr* [notificata con il numero C(2011) 632 G.U.U.E. L 210, 17 agosto 2011, p. 1, §§ 208-209; Commission Decision of 25 April 2012 on State aid implemented by Germany for Zweckverband Tierkoerperbeseitigung Rheinland-Pfalz, not yet published in the OJ, IP/12/308.

³⁷ Sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.* (in *Racc.* 1997, p. I-4013, punti 17 e 18), 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany* (in *Racc.* 2001, p. I-5751, punti da 84 a 87) e *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit., punto 123.

³⁸ C. giust. CE, 16 novembre 1995, *Federation francaise des societes d'assurance, Societe paternelle-vie, Union des assurances de Paris-vie e Caisse d'assurance et de prevoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministere de l'agriculture et de la peche*, causa C-244/94, in *Racc.* 1995, p. I-4013, punto 22.

³⁹ C. giust. CE, 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse*, in *Racc.* 2008, I-2843, punto 31.

⁴⁰ C. giust. CE, *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit., punti 120 e 121.

⁴¹ C. giust. CE, *Wouters*, cit., punto 57.

⁴² C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit.

sociazioni dilettantistiche sportive. Nella decisione riguardante l'Italia sull'*esenzione fiscale dall'ICI*⁴³, la Commissione ha ritenuto che i criteri stabiliti dalla legislazione italiana in vigore non consentivano di escluderne la natura economica nella prospettiva del diritto dell'Unione. Nei settori delle attività sanitarie e sociali, la convenzione con le pubbliche autorità appariva soltanto la condizione necessaria per ottenere un parziale rimborso dal servizio sanitario nazionale. Per le attività didattiche, il rispetto di una serie di obblighi rilevava al limitato fine della purificazione mentre insufficiente risultava l'onere di re-investimento dei risparmi di gestione. Quanto alle sale cinematografiche, le misure riguardano esclusivamente le finalità culturali (qualità, interesse culturale, film per ragazzi). Da ultimo, non è considerata sufficiente per escludere il carattere non economico delle attività ricettive, l'onere sull'impresa di applicare prezzi ridotti rispetto a quelli di mercato e comportamenti diversi da una «normale» struttura alberghiera⁴⁴.

IV. IL CRITERIO OGGETTIVO PER LE ATTIVITÀ NON-ECONOMICHE ED ECONOMICHE E LA DISSOCIABILITÀ IN CASO DI CUMULO TRA DIVERSE ATTIVITÀ SVOLTE DALLO STESSO SOGGETTO

Come accennato, le attività che si ricol-

legano ad una «prerogativa dello Stato» e all'esercizio di pubblici poteri non presentano carattere economico ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza⁴⁵. Esempi di prerogative dello Stato si ritrovano a proposito dei servizi che riguardano la sicurezza sotto vari profili, quali la navigazione aerea⁴⁶, il controllo del traffico marittimo⁴⁷, l'organizzazione di misure di sostegno al lavoro dei carcerati⁴⁸. Altrettanto può dirsi per la costruzione di una infrastruttura di trasporto, a condizione che sia aperta a tutti gli utilizzatori potenziali in termini di uguaglianza e non discriminazione.

La qualificazione di «attività economica» deve essere effettuata separatamente per ogni attività esercitata da ciascun soggetto⁴⁹; pertanto potrebbero applicarsi regimi diversi a seconda di attività differenti svolte dallo stesso soggetto. Così, alcune attività svolte dal medesimo soggetto potranno rientrare nel campo di applicazione della concorrenza e della deroga in parola, ed altre ne saranno del tutto escluse. Un ente pubblico può essere considerato un'impresa soltanto per la parte delle sue attività qualificabili come attività economiche⁵⁰. Nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei pubblici poteri essa agisce come impresa⁵¹.

Secondo la giurisprudenza della Corte

⁴³ *Ibidem*, punto 118.

⁴⁴ V. Dec. Comm. UE, 12 ottobre 2010, Aiuto di Stato C-26/2010 (*ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)*), Italia, Regime riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici, punto 38.

⁴⁵ Secondo il comunicato stampa (IP/12/1412 del 19.12.2012) sulla nuova decisione della Commissione (il cui testo non è ancora disponibile al momento della scrittura di questo contributo), la recente normativa sulla tassazione IMU sarebbe invece conforme alle norme in materia di aiuti di Stato, in quanto limita l'esenzione agli immobili al possesso di specifici requisiti. Inoltre, l'indagine della Commissione avrebbe stabilito, tra l'altro, che i controlli fiscali hanno riguardato anche gli enti ecclesiastici e le associazioni sportive dilettantistiche, evidenziando così l'inesistenza di un'esenzione permanente e generale degli enti qualificati nel diritto nazionale come "non commerciali".

⁴⁶ C. giust. CE, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 24.

⁴⁷ C. giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, cit., punto 27; Trib. CE, 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-4797, punti 73-82.

⁴⁸ *Décision de la Commission, le 16 octobre 2002, Aide d'Etat n. N 438/2002, Belgique, Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique.*

⁴⁹ Commission Decision of 19 July 2006, case N 140/2006, Lithuania, Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses.

⁵⁰ C. giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris c. Commissione*, cit., punto 74.

⁵¹ Sentenza *Aéroports de Paris/Commissione*, punto 74, e *MOTOE*, punto 25.

e l'orientamento della Commissione⁵², la gestione degli aeroporti e le attività operative consistenti nella prestazione di servizi aeroportuali alle compagnie aeree e ai prestatori di servizi vari negli aeroporti costituiscono attività economiche. Nella citata sentenza *Aéroports de Paris*⁵³, in cui erano in discussione la messa a disposizione a compagnie aeree e a prestatori di servizi le installazioni aeroportuali e i relativi canoni fissati a tal fine dalla società di gestione dell'aeroporto di Parigi, in quanto gestore delle infrastrutture pubbliche aeroportuali. La previsione a livello di diritto nazionale di un regime di «polizia speciale» del settore del demanio pubblico non è stato considerato incompatibile con la contemporanea prestazione di altre attività aventi invece carattere economico. Questa posizione è stata richiamata negli Orientamenti della Commissione (2005), secondo cui restano in capo agli Stati membri gli oneri derivanti dall'esigenza di tutelare la sicurezza nel senso più ampio del termine (*safety e security*), cioè, ad esempio, controllo aereo, servizi di polizia, lotta contro gli incendi.

Nella più recente sentenza *Selex*, la Corte di giustizia considera non separabile le attività di consulenza svolta nei confronti delle amministrazioni nazionali⁵⁴ (attività che pure costituisce un'of-

ferta di servizi su un mercato) dalla missione di gestione dello spazio aereo e di sviluppo della sicurezza aerea. Se l'attività economica fosse dissociabile dall'esercizio dei pubblici poteri, l'ente agirebbe come impresa; valutazione opposta deve fornita se la suddetta attività economica risulti indissociabile e, pertanto, «assorbita» dall'esercizio dei suoi «pubblici poteri»⁵⁵. La Corte ha affermato, contrariamente da quanto statuito dal Tribunale⁵⁶, che tale carattere di inscindibilità deve essere riconosciuto, sia alle attività di sviluppo della normazione tecnica⁵⁷, sia alle attività di consulenza alle amministrazioni nazionali in occasione delle gare di appalto. A riguardo non rileva né che l'assistenza di consulenza sia prestata solo su richiesta delle medesime amministrazioni nazionali (carattere opzionale dell'attività), né che sia stato verificato il carattere essenziale o indispensabile delle attività in parola, purché sussista un collegamento con il mantenimento e allo sviluppo della sicurezza della navigazione aerea. A proposito della normazione tecnica, la Commissione, nelle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale⁵⁸, ricorda che tale attività può rientrare nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri⁵⁹, ma occorre verificare caso per caso il carattere econo-

⁵² C. giust. CE, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, causa 113/07 P, in *Racc.* 2011, I 2207, punti 72 ss.

⁵³ La Commissione ha chiarito che le misure per proteggere i cittadini europei dagli attacchi terroristici costituiscono un'attività economica in quanto rientrano essenzialmente fra le responsabilità dello Stato, v. COM(2006) 431 def., 1 agosto 2006, Relazione sul finanziamento della sicurezza dei trasporti; COM(2009) 30 def., 2 febbraio 2009, Relazione sul finanziamento della sicurezza dell'aviazione; v. anche Dec. Comm. CE, 19 marzo 2003, n. 309/2002, Sicurezza aerea - Compensazione dei costi al seguito degli attentati dell'11 settembre 2001.

⁵⁴ Trib. CE, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, causa T-128/98, cit., punti 120 e 121 V. altresì C. giust. CE, 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commissione*, causa C-82/01 P, in *Racc.* p. I-9297, punto 74, in cui si afferma che lo status di ente pubblico o parastatale non basta, di per sé, a determinare il carattere non economico delle attività di tale ente.

⁵⁵ C. giust. CE, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA contro Commissione delle Comunità europee e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, Causa C-113/07 P, in *Racc.* 2011, p. I-2207.

⁵⁶ *Ibidem*, punti 72 ss.

⁵⁷ Trib. CE, 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-4797.

⁵⁸ Nelle Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 agli accordi di cooperazione orizzontale, la Commissione ricorda che la preparazione e la produzione di norme tecniche può rientrare nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri, mentre gli organismi di normazione europei sono soggetti al diritto della concorrenza nella misura in cui possono essere considerati un'impresa o un'associazione di imprese ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE.

⁵⁹ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale G.U.U.E. C-14 gennaio 2011, p. 258 ss.

mico dell'attività degli organismi europei di normazione⁶⁰.

Ulteriormente, un ente che svolge attività di regolamentazione esercita concretamente un pubblico potere anziché un'attività economica che al contrario svolgerebbe se sviluppasse la differente attività di organizzazione di gare sportive. Nella sentenza *MOTOE*⁶¹, la Corte definisce come esercizio del «potere pubblico» l'emissione di pareri conformi sulle domande di autorizzazione presentate al fine di organizzare gare motociclistiche. L'ente può infatti condizionare l'approvazione alla verifica della sicurezza dello svolgimento delle gare tramite la previsione di misure opportune da parte dell'organizzatore oppure per motivi obiettivi connessi alle particolarità dell'attività sportiva.

Infine, vale la pena di ricordare che l'eventuale corrispettivo per la fornitura di un prodotto o l'erogazione di un servizio da parte di un ente pubblico, non è sufficiente di per sé a qualificare l'attività svolta come economica se tale corrispettivo è previsto dalla legge e non è determinabile direttamente o indirettamente dall'ente in questione⁶². La Corte di giustizia nella sentenza *SAT Fluggesellschaft* ha stabilito che le attività dall'organizzazione internazionale Eurocontrol, per la loro natura, l'oggetto e le norme applicabili, si ricollegano all'esercizio di pubblici

poteri⁶³, malgrado la fissazione e la riscossione dei contributi dovuti dagli utenti dei servizi della navigazione aerea. Altrettanto, secondo la sentenza *Kompaas*⁶⁴, non assume carattere economico l'attività di una pubblica autorità relativa ad una banca-dati relativa a informazioni comunicate dalle imprese. Tale qualificazione giuridica non cambia né se si considera il pagamento *ex lege* di un corrispettivo per la consultazione e la fornitura di copie; né per effetto del divieto di impiego successivo imposto al soggetto che abbia così ottenuto tali dati⁶⁵.

V. LE ATTIVITÀ A CARATTERE SOCIALE

Una delle questioni più attuali e controverse relativamente alla configurabilità di una impresa ai sensi del diritto della concorrenza o meno è quella relativa al riconoscimento delle caratteristiche economiche o meno dell'attività degli Enti che erogano servizi previdenziali⁶⁶ e sanitari⁶⁷. Le situazioni di monopolio nell'erogazione di servizi sociali a carattere universale sono state a lungo considerate estranee al diritto della concorrenza, in quanto svolte da Enti pubblici per finalità di tutela sociale a carattere non economico. Soprattutto, i sistemi di assistenza sanitaria variano attualmente tra Stati membri, assumendo specificità nazionali che condizionano il riconoscimento del

⁶⁰ La Comunicazione cit. rinvia proprio alla sentenza *SELEX*, causa C-113/07, cit., punto 92.

⁶¹ Riconosciuti a norma della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, G.U. L 204 del 21 luglio 1998, p. 37. Cfr. Trib. UE, 12 maggio 2010 nella causa T-432/05, *EMC Development AB/Commissione*, non ancora pubblicata.

⁶² C. giust. CE, 1 luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contro Elliniko Dimosio*, Causa C-49/07, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 46. La Corte riprende le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 6 marzo 2008, punti 110.

⁶³ V. in tal senso, citate sentenze *SAT Fluggesellschaft*, punti 28 e ss., nonché *Diego Cali & Figli*, cit., punti 22-25.

⁶⁴ C. giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, cit., punti 27, 30 e 31.

⁶⁵ C. giust. UE, 12 luglio 2012, *Compass-Da-*

tenbank GmbH contro Republik Österreich, non ancora in *Racc.*

⁶⁶ Per la tutela *sui generis* del costituente della banca-dati, v. art. 7 della direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, o di qualsiasi altro diritto di proprietà intellettuale.

⁶⁷ C. giust. CE, 17 febbraio 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle regionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Concava)*, Cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.* p. 1-637, punto 13; C. giust. CE, 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistetto Venanzio & C. Sas c. INAIL*, causa C-218/00, in *Racc.* p. 1-691, punto 45; C. giust. CE, 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband e al.*, cit., punti da 47 a 55; C. giust. CE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e al. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Causa C-244/94, in *Racc.* p. 1-4013, punto 19.

carattere economico delle attività svolte. Attualmente, invece, un sempre maggiore numero di attività riferite a servizi sociali può essere in linea di principio qualificabile come «economica». Infatti, benché le funzioni e l'organizzazione dei servizi sociali si diversifichino considerevolmente negli Stati membri, il processo generale in corso comprende profonde modifiche delle modalità di organizzazione, fornitura e finanziamento di questo tipo di servizi.

Nel caso di un sistema sanitario nazionale, che funziona secondo il principio di solidarietà, finanziato attraverso oneri sociali, e che offre una prestazione gratuita sulla base di una copertura universale, un'attività non può essere considerata come economica. Altrettanto vale per le «casse malattia», presenti in alcuni Stati membri, che perseguono un obiettivo esclusivamente sociale e, applicano esclusivamente la legge senza possibilità di influire sull'ammontare dei contributi, sull'impiego dei fondi e sulla determinazione del livello delle prestazioni⁶⁸.

Qualora le attività presentino le suddette caratteristiche, gli ospedali pubblici non agiscono come imprese⁶⁹. In sostanza, le attività che di per sé potrebbero presentare carattere «economico» ma sono effettuate al fine di fornire un servi-

zio non economico, non possono essere qualificate come economiche ai fini dell'applicazione delle regole della concorrenza. Altrettanto vale quando tali ospedali agiscano in qualità di acquirenti anche di beni in un determinato mercato (soprattutto medico-farmacologico) per offrire i loro servizi a carattere non economico⁷⁰.

L'opposta qualificazione del carattere economico delle attività/servizi è invece affermata allorché gli ospedali pubblici richiedano il pagamento di un prezzo ai pazienti o alle loro assicurazione. Quest'ultima circostanza rivela infatti che lo Stato membro interessato ha inteso sviluppare un certo grado di concorrenza relativamente alla prestazione di servizi sanitari⁷¹.

VI. (Segue) LE ATTIVITÀ PREVIDENZIALI DI BASE E COMPLEMENTARI

Nel settore della previdenza sociale⁷², la Corte di giustizia distingue nettamente i «regimi legali di base» dai «regimi complementari facoltativi», anche se resi obbligatori dalle autorità pubbliche.

Per i regimi previdenziali e assicurativi di base, la Corte accerta che le prestazioni erogate all'assicurato non siano strettamente proporzionate ai contributi da questo versati⁷³; individua così la «soli-

⁶⁸ Trib. UE, 4 marzo 2003, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) c. Commissione*, Causa T-319/99, in *Racc.* p. II-357, punto 39.

⁶⁹ Le «casse malattia» sono legalmente tenute ad offrire ai loro iscritti prestazioni obbligatorie, essenzialmente identiche, che sono indipendenti dall'ammontare dei contributi versati. Tali casse non hanno così alcuna possibilità di influire su tali prestazioni. La loro attività, fondata sul principio della solidarietà nazionale, è priva di qualsiasi scopo di lucro e le prestazioni fornite sono prestazioni legali, che prescindono dall'entità della contribuzione. V. C. giust. CE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e al. e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, in *Racc.* 0000, p. I-637, punti 15 e 18 e del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, cit.

Così un organismo come l'INAIL, che gestisce per legge un regime di assicurazione malattia contro gli infortuni sul lavoro e le malattie pro-

fessionali, non è un'impresa ai fini delle norme in materia di concorrenza contenute nel Trattato, considerato che l'ammontare delle prestazioni e quello dei contributi sono in definitiva fissati dallo Stato, v. C. giust. CE, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*, cit., punti 43-46. Anche nel caso del contributo specifico a favore di un ente di assicurazioni agricole, la Corte ha escluso la natura di impresa, v. C. giust. CE, 22 maggio 2003, causa C-355/00, *Freskot AE c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 0000, p. I-5263, punti 76-79. V. C. giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, cit., sul regime di pensione complementare di categoria dei medici specialisti stabiliti nei Paesi Bassi.

⁷⁰ Comunicazione SEGI, parte 2.1.4.

⁷¹ *Ibidem*, punto 23.

⁷² *Ibidem*, punto 24.

⁷³ V. sentenze della Corte del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, in *Racc.* 1997, p. I-4013, punto 14; del 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, in *Racc.* 2002, p. I-6451, punto

darietà» nei regimi legali di assicurazione malattia e di assicurazione vecchiaia, in cui il «soggetto-gestore» svolge un'attività senza scopo di lucro e non influisce sull'importo dei contributi, sull'impiego dei fondi e sulla determinazione dell'entità delle prestazioni⁷⁴. Alla medesima conclusione si perviene in mancanza di un nesso diretto tra i contributi pagati dagli assicurati e le prestazioni erogate contro i rischi di infortunio sul lavoro, allorché prestazioni e dei contributi siano fissati dallo Stato⁷⁵. In particolare, la Corte di Giustizia nega la qualità di impresa se la loro attività, oltre ad essere caratterizzata da finalità sociali⁷⁶ e dall'assenza di uno scopo di lucro, è disciplinata da obblighi di solidarietà e senza alcuna facoltà di influenza sulla determinazione del livello delle prestazioni fornite e sull'ammontare dei contributi incassati. Opposta valutazione merita un regime previdenziale che operi in base al «principio della capitalizzazione» e le cui prestazioni siano legate all'entità dei contributi versati e ai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'Ente di gestione⁷⁷.

Per i «regimi complementari» integrativi dei «regimi di base», la Corte ha elaborato due criteri principali che consentono di escludere la natura economica dell'attività prevista dai diversi regimi legali: *i*) la preponderanza del principio di

solidarietà⁷⁸ e *ii*) il controllo dello Stato membro⁷⁹.

I regimi complementari, malgrado presentino una parte delle caratteristiche dei regimi con una funzione esclusivamente sociale⁸⁰, possono essere considerate attività economica in determinate circostanze.

i) Rispetto al principio di una preponderanza del principio di solidarietà, la sentenza *Fédération française des sociétés d'assurance*⁸¹ riteneva rilevanti il principio di capitalizzazione, secondo cui le prestazioni dipendevano solo dall'ammontare dei contributi piuttosto che dal perseguimento di un fine sociale e le esigenze di solidarietà manifestate nell'indipendenza dei contributi dai rischi (senza previa selezione degli assicurati), nonché le restrizioni agli investimenti. Anche la sentenza *Albany*⁸², un fondo pensione complementare di categoria senza scopo di lucro presentava aspetti di solidarietà con riferimento all'iscrizione obbligatoria e alla determinazione dell'importo dei contributi e del livello delle prestazioni, ma se ne discostava in base al principio della capitalizzazione, al controllo della «camera delle assicurazioni» e all'obbligo o la facoltà di esentare talune imprese dall'iscrizione.

ii) Per quanto attiene al criterio del controllo dello Stato, che rafforza l'attua-

75; del 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2003, p. I-8089, punto 19; del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e al.*, in *Racc.* 2006, p. I-2493, punto 46; dell'11 luglio 2006, causa C-205/03 P, *FENIN*, cit., punto 25 V. Trib. UE, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, cit.

⁷⁴ V., in particolare, sentenze *Cisal*, cit., punto 44 e *Kattner Stahlbau*, cit., punto 65.

⁷⁵ V. C. giust. CE, *Poucet e Pistre*, cit., punti 15 e 18. V. anche, nello stesso senso, C. giust. CE, *AOK Bundesverband e a.*, cit., punti 52-56.

⁷⁶ V. C. giust. CE, *Cisal*, cit., punti 42, 43 e 45.

⁷⁷ C. giust. CE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*, in *Racc.* 1995, p. I-637, punti 18 e 19; C. giust. CE, *Cisal*, cit., punto 45 e *AOK Bundesverband*, cit., punti 47 e 49.

⁷⁸ C. giust. CE, 17 febbraio 1993, *Poucet e Pistre*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.* 1995, p. I-637, punto 17; C. giust. CE, 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c. Isti-*

tuto nazionale per l'assicurazione c. gli infortuni sul lavoro (INAIL), causa C-218/00, in *Racc.* 2002 p. I-0691, 45; C. giust. CE, 16 novembre 1995, *Fédération française des Sociétés d'assurance, Société paternelle-vie, Union des assurances de Paris-vie e Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministère de l'agriculture et de la pêche*, causa C-244/94, in *Racc.* 1995, p. I-4013, punto 22.

⁷⁹ Al riguardo v., tra le altre, sentenze *Poucet e Pistre*, cit., punti 8-15; 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*, in *Racc.* 2004, p. I-691, punti 37-46; *AOK Bundesverband e a.*, cit., punti 47-57, e *Kattner Stahlbau*, cit., punti 43-68.

⁸⁰ V. C. giust. CE, *AOK Bundesverband e a.*, cit., punto 49.

⁸¹ V. C. giust. CE, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, cit., punti 9 e 17-20.

⁸² C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International*, cit., punti 81-85 e 103 ss. V. anche citate sentenze *Brentjens*, cit., punti 81-85 e *Drijvende Bokken*, cit., punti 71-75, nonché Pavlov e a., punti 114 e 115.

zione del principio di solidarietà, appare rilevante per l'esclusione dell'esistenza di un'attività economica sia la designazione dell'organismo gestionale che la gestione degli elementi essenziali del regime, specie con riferimento alla determinazione dell'importo dei contributi e del valore delle prestazioni fornite. Nella sentenza *AG2R Prévoyance*⁸³, la Corte ritiene che lo scopo sociale di un regime assicurativo obbligatorio per tutti i lavoratori dipendenti di un settore economico tramite un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche non è, di per sé, sufficiente ad escludere che l'attività considerata sia qualificata come attività economica. Il controllo dello Stato manca laddove l'ente abbia un margine di negoziazione sul regime applicabile e la sua designazione, tra le altre imprese, sia fondata sulla sua situazione economico-finanziaria.

Per i servizi sociali diretti alla persona, sono stati considerati a «carattere economico» attività quali: il collocamento pubblico esercitato da agenzie pubbliche⁸⁴, l'assistenza alla dichiarazione delle imposte da parte di soggetti incaricati da uno Stato membro e organizzati dalle parti sociali⁸⁵. La principale ragione di tale valu-

tazione sembra essere la circostanza che tali servizi potrebbero essere offerti sul mercato da altri soggetti⁸⁶, mentre appare irrilevante che la designazione provenga dallo Stato a da un soggetto privato come i sindacati.

La prospettiva dell'alternativa effettiva o potenziale di servizi sul mercato può allargare il campo di applicazione della concorrenza. Ad esempio nel settore dei servizi di edilizia sociale nella Decisione *Irish Social Housing*⁸⁷, la Commissione a sostenuto che in tale attività le «municipalità» entravano in concorrenza con società di costruzione e di gestione immobiliare ed ha ritenuto «economica» tale attività, malgrado la motivazione presentata e relativa al principio di solidarietà⁸⁸.

In definitiva, le norme della concorrenza trovano applicazione rispetto a quelle attività poste in essere da un soggetto di propria iniziativa che ne assuma il rischio e la piena responsabilità delle modalità di svolgimento delle sue attività. In altri termini, occorre che sussista a livello nazionale una certa libertà in capo ad un soggetto idoneo con autonomi comportamenti a restringere o falsare la concorrenza sul mercato.

GIANDONATO CAGGIANO

⁸³ C. giust. UE, 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, Causa C-437/09, non ancora pubblicata; v. punti 41-42, 44-46, 64-65. V. anche le Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 11 novembre 2010.

⁸⁴ C. giust. CE, 23 aprile 1991, causa 41/90, *Höfner e Elser*, cit., punto 21.

⁸⁵ C. giust. CE, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, in *Racc.* 2008, p. I-2941, punto 63.

⁸⁶ *Höfner*, cit., para 22; *Job Centre*, cit., para 22.

⁸⁷ Decision of the Commission of 3 July 2001 in Case N 209/2001-Ireland, SG (2001) D/289528.

⁸⁸ La Commissione ha considerato successivamente corretto il conferimento di un incarico di servizio di interesse economico generale, v. *Commission Decision in Cases No. E 2/2005 and N 642/2009 (The Netherlands, Existing and special project aid to housing corporations) of 15 December 2009*.