

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Gli aiuti di Stato, l'art. 106 § 2 TFUE e la compensazione di obblighi di servizio pubblico

**Sommario:** I. FINANZIAMENTO DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E ART. 106 § 2 TFUE: LA SCELTA TRA "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE" E "CRITERIO DELL'AUTO DI STATO". – II. LE SENTENZE *ALTMARK* E *BUPA* E I PROBLEMI DI CARATTERE PROCEDURALE E DI PRIVAZIONE DELL'EFFETTO UTILE DELL'ART. 106 § 2 DERIVANTI DALL'ACCOGLIMENTO INTEGRALE DEL "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE". – III. LA RISPOSTA FORNITA NEL "PACCHETTO ALMUNIA" DEL 2011-2012, TRA COMPENSAZIONI *DE MINIMIS*, CONFERMA DELLE CONDIZIONI *ALTMARK* E (RI)VALUTAZIONE DELL'ART. 106 § 2. – IV. (*Segue*) LO STATO DELL'ARTE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA E DEL DIRITTO DERIVATO E L'ESISTENZA DI UNA GERARCHIA TRA GLI ATTI DI DIRITTO DERIVATO CONTENUTI NEL "PACCHETTO ALMUNIA".

### I. FINANZIAMENTO DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E ART. 106 § 2 TFUE: LA SCELTA TRA "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE" E "CRITERIO DELL'AUTO DI STATO"

Il diritto UE consente agli Stati membri di compensare i costi sostenuti dalle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale (di seguito anche SIEG), al fine di agevolare lo svolgimento delle missioni di interesse pubblico loro affidate.

La questione è capire in che misura e fino a che punto una tale compensazione possa ritenersi compatibile con i Trattati,

considerato il rischio di distorsioni da essa prodotte sul mercato.

Le istituzioni UE si sono confrontate a più riprese sul tema, pervenendo a posizioni molto differenti tra loro. In effetti, è difficile trovare altri settori nei quali siano così numerose, non solo le integrazioni, puntualizzazioni e modifiche apportate dai giudici di Lussemburgo alla loro precedente giurisprudenza, ma anche e soprattutto i contrasti e i *revirements* emersi all'interno della Corte di giustizia, tra quest'ultima e il Tribunale, tra gli stessi avvocati generali, tra gli organi giurisdizionali UE e la Commissione europea. Le esigenze di chiarezza e certezza del diritto hanno, dunque, indotto la Commissione ad adottare una serie di misure, sia di indirizzo che di carattere vincolante, allo scopo di fornire un inquadramento più sistematico alla materia. Si tratta del "pacchetto Monti-Kroes" del 2005<sup>1</sup> e di un ulteriore pacchetto di misure elaborato da Joaquín Almunia, Vice-Presidente della Commissione nonché Commissario europeo per la concorrenza, che ha sostituito il precedente e che è stato adottato nel biennio tra il dicembre 2011 e l'aprile 2012<sup>2</sup>.

Il problema che le istituzioni UE si sono poste nel corso degli anni è stato essenzialmente quello di comprendere se, e

<sup>1</sup> Cfr. la Dec. Comm. UE, 28 novembre 2005, relativa all'applicazione dell'articolo 106 § 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, in G.U.U.E. L 312 del 29 novembre 2005, p. 67, la Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, in G.U.U.E. C-297, 29 novembre 2005, p. 4, la Dir. 2005/81/CE, 28 novembre 2005, che modifica la Dir. 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, in G.U.U.E. L 312, 29 novembre 2005, p. 47.

<sup>2</sup> Cfr. la Dec. 2012/21/UE, 20 dicembre 2011, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del Trattato FUE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli

obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. L 7 dell'11, gennaio 2012, p. 3, la Com. Comm. UE, 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, in G.U.U.E. C-8, 11 gennaio 2012, p. 4, la Com. Comm. UE relativa ad una disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, in G.U.U.E. C-308, 12 ottobre 2012, p. 3, il Reg. 360/2012/UE Comm. UE, 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato FUE agli aiuti di importanza minore (*de minimis*) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. L 114, 26 aprile 2012, p. 8.

in quali termini, l'agevolazione concessa alle imprese fosse da ritenere legittima *ex ante* in quanto non configurabile quale aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE ("criterio della compensazione"), mancando l'elemento del vantaggio economico, oppure un aiuto compatibile *ex post* con i Trattati ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE ("criterio dell'aiuto di Stato"). Per quanto riguarda gli altri presupposti richiesti per l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, infatti, non si ravvisano né problemi né significativi contrasti giurisprudenziali: perché gli artt. 107 ss. possano trovare applicazione, deve trattarsi di agevolazioni concesse, direttamente o indirettamente, mediate risorse statali<sup>3</sup>, ad imprese, cioè a soggetti esercenti attività economiche<sup>4</sup>, e suscettibili di incidere, anche solo in potenza, sugli scambi tra gli Stati<sup>5</sup>.

Il "criterio della compensazione", i cui elementi costitutivi sono abbozzati a partire dal caso *A.D.B.H.U.*<sup>6</sup>, viene enucleato in maniera chiara e organica per la prima volta dall'Avvocato generale Tizzano nelle conclusioni, presentate l'8 maggio 2001, nella causa *Ferring*<sup>7</sup>, per poi essere recepito dai giudici nella stesura della sentenza. Secondo l'Avvocato generale, nel caso di specie, vi erano numerosi e validi argomenti per escludere la natura di aiuto delle misure pubbliche volte esclusivamente a compensare il costo addizionale netto derivante dall'assolvimento di una missione di interesse generale, essendo decisivo «il fatto che esse non conferis[sero] un reale vantaggio all'impresa

incaricata della missione di interesse generale e che quindi non [fossero] idonee ad alterare le condizioni di concorrenza»<sup>8</sup>. L'impostazione *Ferring* è stata fortemente criticata, oltre che in dottrina, dall'Avvocato generale Léger, fautore del "criterio dell'aiuto di Stato", il quale, nelle conclusioni rese nella causa *Altmark*<sup>9</sup>, sulla base di ragionamenti già in parte sviluppati dai giudici in numerose pronunce<sup>10</sup>, ha ritenuto che la Corte di giustizia, in quella come nelle cause successive, non avrebbe dovuto accogliere il criterio della compensazione per tre ragioni in particolare. La prima consiste nella confusione, alla base del ragionamento svolto nella sentenza *Ferring*, tra due questioni da tenere, invece, distinte sotto il profilo giuridico: «quella della qualifica della misura come aiuto di Stato e quella della giustificazione della misura statale». La seconda consiste nella privazione dell'art. 106 § 2 «di gran parte della sua utilità» qualora fosse stata accolta l'impostazione *Ferring*. La terza e ultima ragione, infine, consiste nell'incidenza che la sentenza *Ferring* avrebbe avuto sul riparto di competenze, nel settore degli aiuti, tra Commissione e Stati membri<sup>11</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, osservava l'Avvocato generale, la circostanza che una misura compensativa di un obbligo di servizio pubblico non venisse considerata aiuto di Stato avrebbe avuto l'effetto di esentare tale misura dall'obbligo di notifica, previsto nell'art. 108 § 3 TFUE, dal conseguente obbligo di sospensione dell'erogazione concessa e, in generale, dall'esame

<sup>3</sup> C. giust. UE, 7 maggio 1998, cause riunite C-52/97 a C-54/97, *Epifanio Viscido, Mauro Scandella e altri* e *Massimiliano Terragnolo e altri c. Ente Poste Italiane*, in *Racc.* 2000, p. I-2629, punto 13.

<sup>4</sup> C. giust. UE, 16 giugno 1987, causa C-118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1989, p. 2599, punti 7-8.

<sup>5</sup> C. giust. UE, 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta Mauro e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2319, punti 143-147.

<sup>6</sup> C. giust. UE, 7 febbraio 1985, causa 240/83, in *Racc.* 1987, p. 538.

<sup>7</sup> C. giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-53/00, in *Racc.* 2003, p. I-9067.

<sup>8</sup> Concl. Tizzano, 8 maggio 2001, "Ferring", cit., punto 60.

<sup>9</sup> C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, in *Racc.* 2005, p. I-7747.

<sup>10</sup> C. giust. UE, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike e Weinlig*, in *Racc.* 1977, p. 595; C. giust. UE, 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Racc.* 1994, p. I-877; C. giust. UE, 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-229; C. giust. UE, 10 maggio 2000, causa T-46/97, *Sociedade Independente de Comunicação SA c. Commissione - "SIC"*, in *Racc.* 2000, p. II-2125; C. giust. UE, 22 giugno 2000, causa C-332/98, *Francia c. Commissione (CELF)*, in *Racc.* 2000, p. I-4833.

<sup>11</sup> Concl. Tizzano, 8 maggio 2001, "Ferring", cit., punti 75-98.

*ex ante* e a carattere permanente che invece la Commissione deve svolgere ai sensi dell'art. 107 §§ 2 e 3: da qui il rischio di sottrarre *in toto* il finanziamento dei servizi pubblici al controllo delle istituzioni europee.

Le argomentazioni svolte dall'Avvocato generale Léger non sono state colte dalla C. giust. UE nella causa *Altmark*, così come nelle sentenze successive. Tuttavia, da un lato, proprio con *Altmark* i giudici europei hanno introdotto rilevanti modifiche all'impianto argomentativo su cui si poggiava l'originario "criterio della compensazione", dall'altro, la Commissione, nei suoi atti di diritto derivato successivi alla pronuncia, valorizzando il nucleo concettuale del "criterio dell'aiuto di Stato", ha individuato alcune situazioni nelle quali una compensazione, pur costituendo un aiuto di Stato, può essere ritenuta compatibile ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE e, in qualche caso, esente dagli obblighi procedurali di cui all'art. 108 TFUE.

Allo stato attuale, pertanto, come sarà mostrato nei §§ seguenti, le compensazioni erogate dallo Stato alle imprese preposte alla prestazione di SIEG, a seconda delle caratteristiche che esse presentano, sono da ritenersi legittime *ex ante*, nel rispetto delle condizioni *Altmark*, oppure possono giustificarsi *ex post* ai sensi dell'art. 106 § 2.

## II. LE SENTENZE *ALTMARK* E *BUPA* E I PROBLEMI DI CARATTERE PROCEDURALE E DI PRIVAZIONE DELL'EFFETTO UTILE DELL'ART. 106 § 2 DERIVANTI DALL'ACCOGLIMENTO INTEGRALE DEL "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE"

Con la sentenza *Altmark* la C. giust. UE limita l'ipotesi di non configurabilità dell'aiuto al rispetto cumulativo di quattro condizioni. Secondo i giudici, «in primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere defi-

niti in modo chiaro». In secondo luogo, «i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente». In terzo luogo, la compensazione non può eccedere «quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento». In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, «non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico [...] il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi»<sup>12</sup>.

Quanto alla prima condizione, la missione di servizio pubblico deve essere conferita attraverso un atto che può assumere diverse forme giuridiche, dall'atto legislativo a quello regolamentare al contratto, e che deve precisare, tra l'altro, l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio pubblico, l'impresa e i territori interessati, la natura dei diritti esclusivi o speciali accordati all'impresa, i parametri per il calcolo della compensazione e le modalità per evitare sovra-compensazioni e per il loro eventuale recupero<sup>13</sup>.

Per quel che concerne la seconda condizione, ciò che conta è che sia chiaro «fin dall'inizio come sarà determinato il risarcimento» e che l'autorità prenda in considerazione solamente i costi direttamente connessi alla prestazione del servizio pubblico<sup>14</sup>.

Per quanto riguarda la terza condizione, per margine di utile ragionevole «si

<sup>12</sup> C. giust. UE, 24 luglio 2003, "*Altmark*", cit., punti 87-93.

<sup>13</sup> Cfr. la Com. Comm. UE 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, cit., punto 52.

<sup>14</sup> *Ibidem*, punti 55-56.

intende il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio». Nei settori in cui non esiste un'impresa comparabile all'impresa incaricata del servizio di interesse economico generale, si può fare riferimento a imprese analoghe situate in altri Stati membri o, se necessario, ad imprese di altri settori a condizione che si tenga conto delle peculiarità di ciascun settore<sup>15</sup>.

Infine, quanto alla quarta condizione, ben si comprende la presunzione su cui si poggia il ragionamento della Corte di giustizia: una procedura di gara aperta, trasparente e non discriminatoria è considerata, infatti, in grado, più di ogni altre, di assicurare il rispetto del diritto UE. In assenza di una tale procedura, le autorità pubbliche saranno obbligate ad applicare il c.d. "principio dell'investitore privato" in un'economia di mercato al fine di selezionare l'operatore cui accordare la compensazione, sulla base della medesima logica che orienta la terza condizione *Altmark* con riferimento all'individuazione dei principi che gli Stati devono seguire per evitare le sovra-compensazioni. In particolare, per quel che concerne il concetto di «impresa gestita in modo efficiente» e in mancanza di una definizione ufficiale, gli Stati membri dovrebbero applicare criteri oggettivi, economicamente riconosciuti come rappresentativi di una gestione soddisfacente, senza che il semplice fatto di generare un utile venga con-

siderato un criterio sufficiente per affermare che un'impresa è «gestita in modo efficiente». Per «impresa adeguatamente dotata dei mezzi necessari», invece, si intende un'impresa che ha le risorse indispensabili per adempiere con successo agli obblighi di servizio pubblico accordata dallo Stato<sup>16</sup>.

Con la sentenza *Altmark* si è passati, pertanto, da un approccio "permissivo" nei confronti delle politiche perseguite dai paesi membri a sostegno delle loro economie, come quello adottato dalla Corte in *Ferring*, ad un'impostazione di segno opposto, fortemente "comunitarista". La pronuncia si pone alla base della giurisprudenza successiva, sia quella del Trib. UE<sup>17</sup> che della C. giust. UE<sup>18</sup>, oltre che di numerose decisioni adottate dalla Commissione nelle quali generalmente è stato riscontrato il mancato rispetto delle condizioni *Altmark*<sup>19</sup> da parte dello Stato<sup>20</sup>.

In particolare, assume grande rilevanza la sentenza *BUPA*<sup>21</sup>, nella quale il Trib. UE si confronta per la prima volta in maniera articolata e approfondita con le quattro condizioni *Altmark*, riconoscendo peraltro che la portata di dette condizioni «coincide ampiamente con quella dei criteri di cui all'art. [106 § 2 TFUE]». Proprio con riguardo ai rischi di sovrapposizione tra condizioni *Altmark* e presupposti di attuazione dell'art. 106 § 2, il Tribunale svolge alcune importanti considerazioni.

Quanto alla prima condizione, la nozione di obblighi di servizio pubblico contemplata dalla sentenza *Altmark*, ad avviso dei giudici, non diverge, in alcun modo, da quella contemplata dall'art. 106

<sup>15</sup> *Ibidem*, punto 61.

<sup>16</sup> *Ibidem*, punto 76.

<sup>17</sup> Trib. UE, 16 marzo 2004, causa T-157/01, *Danske Busvognmoed c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-917; Trib. UE, 16 settembre 2004, causa T-274/01, *Valmont Nederland BV c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-3145; Trib. UE, 18 gennaio 2005, causa T-93/02, *Crédit mutuel c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-143; Trib. UE, 1° luglio 2008, causa T-266/02, *Deutsche Post c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-1233; Trib. UE, 11 giugno 2009, causa T-222/04, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2011, p. II-1877; Trib. UE, 6 ottobre 2009, causa T-8/06, *FAB Fernsehen c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-196.

<sup>18</sup> C. giust. UE, 27 novembre 2003, cause riunite da C-34 a 38/01, *Enirisorse SPA c. Ministero*

*delle finanze*, in *Racc.* 2004, p. I-14243; C. giust. UE, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Racc.* 2006, p. I-2941; C. giust. UE, 1° luglio 2008, causa C-341/06 P, *Chronopost et la Poste c. Union française de l'express (UFEX) e altri*, in *Racc.* 2008, p. I-4777.

<sup>19</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, la Dec. Comm. UE, 24 febbraio 2011, Aiuto di Stato C-41/08 *DSB*, in G.U.U.E. L 7/1.

<sup>20</sup> Con alcune eccezioni, tra cui le Decisioni 2006 e 2007/2009, 15 settembre del 2009, relative alla concessione di compensazioni a imprese incaricate dello svolgimento del servizio pubblico di trasporti da parte delle regioni di Anhalt-Bitterfeld e Wittenberg.

<sup>21</sup> Trib. UE, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, in *Racc.* 2008, p. II-81, punto 179.

§ 2. Discorso identico vale per le caratteristiche che l'incarico deve presentare.

La seconda condizione *Altmark*, e il controllo *ex ante* che essa comporta, invece, sottolinea il Tribunale, non equivale all'art. 106 § 2, improntato invece ad un controllo *ex post*. La novità della sentenza *BUPA* consiste proprio nel fatto che i giudici consentono alle autorità nazionali di apportare variazioni e aggiustamenti all'entità della compensazione che, pur continuando a dover essere predeterminata, non va intesa in termini così restrittivi come si ricaverebbe da un'interpretazione letterale della sentenza *Altmark*. Ciò, ovviamente, a condizione che i parametri vengano definiti in modo preciso, trasparente ed obiettivo.

Il mutamento di indirizzo più significativo rappresentato dalla sentenza *BUPA* riguarda la terza e la quarta condizione *Altmark*. Quanto alla terza, il Tribunale si allontana dalla sua impostazione originaria, in base alla quale il *quantum* della compensazione andava parametrato e calcolato sempre in relazione ai costi sopportati dall'impresa incaricata della gestione del SIEG. I giudici pervengono, cioè, a dissociare la compensazione dei costi sopportati, nella specie l'aiuto pubblico, dai costi sostenuti da ipotetici soggetti privati, con il risultato di ammettere, almeno in termini teorici, una sovra-compensazione, discostandosi, in questo modo, da altre sentenze da esso precedentemente rese<sup>22</sup>.

Per quel che concerne la quarta condizione *Altmark*, il Tribunale osserva che, così come è già stato rilevato in parte della giurisprudenza UE in merito ai rischi derivanti da una rigida applicazione del principio astratto dell'investitore privato nel caso in cui ad esercitare il servizio pubblico sia un monopolista<sup>23</sup>, anche con riguardo all'ipotesi in cui si tratti di un soggetto privato esercente tale servi-

zio, le condizioni normali di mercato da utilizzare come parametro devono valutarsi con riferimento agli elementi obiettivi e verificabili che sono disponibili. Il Tribunale, tuttavia, in questo modo, nel chiarire prima che la condizione *Altmark* non può essere sempre di stretta interpretazione e poi nell'applicare il *test Altmark*, sembra confondere il piano della legittimità *ex ante* della misura statale, con quello, successivo, della compatibilità *ex post* ai sensi dell'art. 106 § 2, nell'ambito del quale avrebbe, invece, dovuto ragionare.

La sentenza *BUPA* assume particolare interesse anche laddove viene chiarito che «occorre applicare i criteri formulati nella sentenza *Altmark*, conformemente allo spirito e alla finalità che hanno presieduto alla loro enunciazione, secondo modalità adattate alle specificità della presente specie»<sup>24</sup>. Il Tribunale, pertanto, sottolinea che le condizioni *Altmark* non vanno applicate in maniera identica in tutti i settori di interesse economico generale, dovendo essere di volta in volta modulate, tenuto conto della *ratio* e delle finalità che le ispira, sui diversi servizi oggetto di valutazione da parte delle corti UE. Così facendo, i giudici reinterpretano le condizioni *Altmark*, aprendo ad una loro applicazione maggiormente flessibile ed espansiva<sup>25</sup>.

### III. LA RISPOSTA FORNITA NEL "PACCHETTO ALMUNIA" DEL 2011-2012, TRA COMPENSAZIONI *DE MINIMIS*, CONFERMA DELLE CONDIZIONI *ALTMARK* E (RI)VALUTAZIONE DELL'ART. 106 § 2

La Comm. UE, prima con il «pacchetto Monti-Kroes», non più in vigore, e poi con il «pacchetto Almunia», tenta di fornire (in grande parte con successo) un quadro sistematico alla materia dei servizi pubblici e degli aiuti di Stato e, nel ri-

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, Trib. UE, 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen, SA*, in *Racc.* 2005, p. II-2031, punto 266.

<sup>23</sup> Cfr., oltre a C. giust. UE, 1° luglio 2008, *Chronopost et la Poste c. Union française de l'express (UFEX) e altri*, cit., anche C. giust. UE, 3 luglio 2003, cause riunite C-81-1 P e C-93-94/01 P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese c. Union*

*française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA*, in *Racc.* 2003, p. I-6993.

<sup>24</sup> C. giust. UE, 24 luglio 2003, "*Altmark*", cit., punto 160.

<sup>25</sup> Per un approccio simile cfr. la Dec. Comm. UE, 24 maggio 2007, *Energy Supply Slovenia*, in G.U.U.E. L 219/9.

valutare l'art. 106 § 2, risponde ad alcuni problemi procedurali che sarebbero scaturiti dall'accoglimento integrale del criterio della compensazione, *in primis* lo svuotamento di poteri in capo alla Commissione in tema di controllo degli aiuti, oltre che sostanziali, derivanti dal rischio di privazione dell'effetto utile, nel settore degli aiuti, dell'art. 106 § 2.

Il pacchetto si compone di due Comunicazioni, di una Dec. e di un Reg.

Con la Com. 2012/C 8/02 la Commissione stabilisce le condizioni in base alle quali compensazioni erogate dallo Stato per la prestazione di SIEG, in linea con il test *Altmark*, non configurano aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107.

Con la Com. 2012/C 8/03, la Commissione stabilisce le condizioni in base alle quali talune compensazioni di obblighi di servizio pubblico possono essere dichiarate compatibili ai sensi dell'art. 106 § 2. Si tratta di agevolazioni nei confronti delle quali il diritto UE accorda, per un verso, un trattamento più favorevole rispetto agli aiuti concessi per la prestazione di servizi che non siano di interesse economico generale e, per l'altro, un trattamento meno favorevole rispetto a quelle compensazioni che, rispettando il test *Altmark*, non costituiscono *ab origine* aiuti di Stato. Si tratta, peraltro, di compensazioni che devono essere sottoposte all'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 108 § 3.

Tra le principali condizioni di compatibilità<sup>26</sup>, occorre ricordarne alcune in particolare: nella Com. è previsto che, per essere ritenuto compatibile, l'aiuto deve essere concesso per lo svolgimento di un SIEG effettivo, definito correttamente ai sensi dell'art. 106 § 2, preceduto da un atto di incarico che specifichi obblighi di servizio pubblico e modalità di calcolo della compensazione ed erogato nel rispetto delle norme dell'Unione sull'aggiudicazione degli appalti. Inoltre, la Commissione chiarisce che la durata del pe-

riodo di incarico deve essere giustificata in base a criteri oggettivi e comunque non deve superare il tempo necessario per l'ammortamento dell'attività più significativa richiesta per l'erogazione del servizio da parte dell'impresa la quale, peraltro, ha l'obbligo di rispettare la Dir. 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese<sup>27</sup>.

Quanto all'importo della compensazione – il cui calcolo, qualora l'incarico sia attribuito ad una pluralità di imprese, deve avvenire allo stesso modo per ciascuna di esse –, la Commissione precisa che non può eccedere quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, compreso un margine di utile ragionevole. In particolare, il costo netto necessario per l'ottemperamento degli obblighi di servizio pubblico può essere calcolato sulla base di due metodologie: la prima consiste nella «differenza tra il costo netto per il fornitore del servizio soggetto ad un obbligo di servizio pubblico e il costo netto o utile del medesimo fornitore in assenza di tale obbligo»<sup>28</sup>; la seconda nella «differenza tra i costi e le entrate di un fornitore incaricato dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, quali specificati e stimati nell'atto di incarico»<sup>29</sup>.

Con riferimento alla nozione di «margine di utile ragionevole», con tale espressione si intende, generalmente<sup>30</sup>, «il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata dell'atto di incarico, tenendo conto del livello di rischio»<sup>31</sup>, che varia a seconda del settore interessato, del tipo di servizio e delle caratteristiche del meccanismo di compensazione.

Quanto alla sovra-compensazione, la

<sup>26</sup> Cfr., in particolare, i punti 2.2-2.10 della Com., cit.

<sup>27</sup> Dir., 16 novembre 2006, in G.U.U.E. L 318, 17 novembre 2006, p. 17.

<sup>28</sup> Cfr. il punto 25 della Com., cit.

<sup>29</sup> *Ibidem*, punto 28.

<sup>30</sup> Ma non sempre, come specificato nel punto 34 della Com., cit.

<sup>31</sup> *Ibidem*, punto 33.

Commissione chiarisce che essa, seppure generalmente configurabile quale aiuto di Stato, «può essere trattenuta come utile ragionevole aggiuntivo se stabilito nell'atto di incarico» a condizione che risulti da incrementi di efficienza più elevati del previsto<sup>32</sup>.

Per quel che riguarda, infine, gli obblighi di trasparenza imposti alle imprese incaricate del servizio, nella Com. è stabilito che lo Stato membro interessato deve pubblicare, su internet o in altro modo adeguato, una serie di informazioni, tra cui l'atto di incarico e gli importi di aiuto ad esse erogati.

Nella Dec. 2012/21/UE la Commissione stabilisce che taluni tipi di compensazione dei SIEG costituiscono aiuti di Stato compatibili con i Trattati sulla base dell'art. 106 § 2 TFUE, in linea con la Com. 2012/C 8/03, con la differenza che, nella Dec., tali aiuti sono esonerati dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3. La Dec. 2012/21/UE sostituisce, in questo modo, la Dec. 2005/842/CE con la quale erano stati precisati significato e portata dell'eccezione di cui all'art. 106 § 2. Quanto all'ambito di applicazione della Dec. 2012/21/UE, l'art. 2 §§ 1 e 2 dispone che essa riguarda le compensazioni di importo annuo inferiore a 15 milioni di euro – escluso il settore dei trasporti –, quelle per la prestazione dei servizi forniti da ospedali, quelle erogate in relazione all'assistenza sanitaria, all'assistenza di lunga durata, ai servizi per l'infanzia, all'accesso e alla reintegrazione nel mercato del lavoro, all'edilizia sociale e all'inclusione sociale di gruppi vulnerabili, quelle volte a coprire i costi derivanti dallo svolgimento di attività connesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole e quelle relative ad aeroporti e porti con un traffico annuale medio non superiore a 200 000 passeggeri per gli aeroporti e a 300 000 passeggeri per i porti. Nella Dec. è scritto, inoltre, che deve trattarsi, in tutti i casi di agevolazioni potenzialmente rientranti nel suo oggetto e nel suo scopo, di un incarico all'impresa che sia inferiore ai dieci anni, «a meno che l'esigenza

di un investimento significativo non giustifichi una durata superiore»<sup>33</sup>.

La Commissione, pertanto, individua alcuni servizi rispetto ai quali il finanziamento concesso dallo Stato è da ritenersi compatibile con il diritto UE, a prescindere dall'importo della compensazione, e, per tale ragione, esentato dalla notifica alle istituzioni europee. Nel farlo, essa opera un distinguo tra compensazioni di importo limitato, a prescindere dal tipo di attività svolta, e compensazioni anche superiori ai 15 milioni di euro ma relative a particolari tipologie di servizi. In entrambi i casi la presunzione è che si tratti di agevolazioni insuscettibili di pregiudicare lo sviluppo degli scambi e la concorrenza in misura contraria agli interessi dell'Unione. C'è però una differenza rispetto alla decisione n. 2005/842/CE: in considerazione del forte sviluppo del mercato nei settori di interesse economico generale, la Commissione sceglie di abbassare il limite dell'importo delle compensazioni che possono essere esentate dall'obbligo di notifica preventiva, originariamente identificato in 30 milioni di euro.

Per quel che concerne le condizioni di compatibilità degli aiuti, esse sono sostanzialmente equivalenti a quelle previste per gli aiuti compatibili – ma soggetti all'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 108 § 3 TFUE – disciplinati nella Com. 2012/C 8/03<sup>34</sup>.

L'ultimo atto ricompreso nel “pacchetto Almunia” è il Reg. *de minimis* 360/2012, dove viene fissato un massimale al di sotto del quale le misure di compensazione, non corrispondendo a tutti i criteri dell'art. 107 TFUE, non sono da considerarsi aiuti di Stato ai sensi di quest'ultima norma e vanno quindi ritenuti esenti dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE. Le condizioni (cumulative) in base alle quali una compensazione pubblica può rientrare nel campo di applicazione del Reg. sono previste nei §§ 2-8 dell'art. 2 Reg. In primo luogo, l'importo complessivo della compensazione non deve superare i 500.000 euro nel-

<sup>32</sup> *Ibidem*, punto 47.

<sup>33</sup> Cfr. il *considerando* 12 della Dec., cit.

<sup>34</sup> *Ibidem*, artt. 3-9.



l'arco di tre esercizi finanziari; in secondo luogo, il massimale deve essere espresso «in termini di sovvenzione diretta in denaro», al lordo di qualsiasi imposta o altro onere, ovvero, se è concesso in forma diversa da una sovvenzione diretta in denaro, è l'importo equivalente lordo dell'aiuto; in terzo luogo, deve trattarsi di agevolazioni rispetto alle quali è possibile calcolare con precisione «l'equivalente sovvenzione lordo *ex ante* senza che sia necessario effettuare un'analisi del rischio ("aiuti trasparenti)»; in quarto luogo, gli aiuti *de minimis* non possono essere cumulati non solo con aiuti previsti da altri regolamenti *de minimis* ma anche con altre compensazioni riguardanti lo stesso servizio di interesse economico generale, sulla base degli altri atti che compongono il pacchetto di misure del 2011-2012, a prescindere quindi dal fatto che costituiscano aiuti di Stato o meno.

IV. (Segue) LO STATO DELL'ARTE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA E DEL DIRITTO DERIVATO E L'ESISTENZA DI UNA GERARCHIA TRA GLI ATTI DI DIRITTO DERIVATO CONTENUTI NEL "PACCHETTO ALMUNIA"

Dalla lettura congiunta della sentenza *Altmark* e del "pacchetto *Almunia*" possono essere svolte alcune considerazioni d'insieme sulla compensazione di obblighi di servizio pubblico nel diritto dell'UE. In primo luogo, la Com. 2012/C 8/03 comprime – in misura maggiore rispetto a quanto fatto in *Altmark* e nel "pacchetto Monti-Kroes" – l'autonomia degli Stati nella concessione di agevolazioni ad operatori economici di grandi dimensioni per la prestazione di servizi pubblici. A differenza sia delle piccole imprese che delle imprese incaricate della gestione di servizi sociali di interesse generale, esentate *ex ante* dall'obbligo di notifica ai sensi, le prime, del regolamento *de minimis*, le seconde, della Dec. 2012/21/UE, la Com. 2012/C 8/03 prevede che dette compensazioni debbano essere sempre sottoposte all'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE. Peraltro, la Commissione utilizza, per la prima volta in maniera chiara, cri-

teri e principi, particolarmente restrittivi, ispirati all'analisi economica del diritto.

In secondo luogo, dall'analisi della Com. 2012/C 8/03<sup>35</sup> sembra evincersi che senza lo svolgimento di una gara d'appalto, con riferimento all'attribuzione dell'incarico all'impresa esercente il servizio pubblico, un aiuto di Stato non potrebbe essere mai dichiarato compatibile, differentemente da quanto stabilito nella sentenza *Altmark* e nel "pacchetto Monti-Kroes" nei quali l'esistenza di una tale procedura, seppure ritenuta auspicabile, non era considerata indispensabile ai fini, rispettivamente, dell'esenzione dall'applicazione dell'art. 107 e della qualificazione dell'aiuto come compatibile ai sensi dell'art. 106 § 2.

Infine, per esigenze di certezza del diritto, è possibile individuare una gerarchia tra le misure contenute nel "pacchetto *Almunia*", rispondente alla logica seguente: se la compensazione rispetta i requisiti richiesti dal Reg. "de minimis", essa non è da considerarsi quale aiuto di Stato; se non rientra nell'oggetto e nello scopo del Reg., potrebbe comunque rispettare le condizioni *Altmark* e dunque non essere considerata, anche in questo caso, aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE; qualora uno o più requisiti *Altmark* non siano integrati, la misura potrebbe rientrare nel campo di applicazione della Dec. 2012/21/UE e dunque essere ritenuta un aiuto esente dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3; in caso contrario, sarà soggetta a notifica, in base a quanto previsto nella Com. 2012/C 8/03. Allo stato attuale, peraltro, è ancora dubbio se l'art. 106 § 2 sia utilizzabile qualora non possano trovare applicazione né le condizioni *Altmark* né il "pacchetto *Almunia*", ad esempio nel caso di sovra-compensazione.

DANIELE GALLO

*Bibliografia*

BRACO, «Le financement des services d'intérêt économique général en droit de l'Union européenne», in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2012, p. 85 ss.; D. GALLO, *I servizi*

<sup>35</sup> Cfr. il punto 19 della Com., cit.

*di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; KAMARIS, «The reform of EU state aid rules for services of general economic interest in times of austerity», in *European Competition Law Review*, 2012, p. 55 ss.; RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», in *European Public Law*, 2008, p. 399 ss.; SAUTER, «Case T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of The European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr», in *Common Market Law Review*, 2009, p. 269 ss.; SAUTER, «The Altmark package mark II: new rules for State aid and the compensation of services of general economic interest», in *European Competition Law*

*Review*, 2012, p. 307 ss.; SINNAEVE, «What's new in SGEI in 2012? - An overview of the Commission's SGEI package», in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, p. 347 ss.; SZYSZCZAK, «Modernising State Aid and the Financing of SGEI», in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, p. 1 ss.; E. SZYSZCZAK - J.W. VAN DE GRONDEN (eds.), *Financing Services of General Economic Interest*, The Hague, 2013; J.-M. THOUVENIN, «The Altmark Case and Its Consequences», in *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, (eds.) M. KRAJEWSKI - U. NEERGAARD - J. VAN DE GRONDEN, The Hague, 2009, p. 103 ss.; T. VON DANWITZ, «The Concept of State Aid in Liberalized Sectors», in *Market Integration and Public Services in the European Union*, (ed. by) M. CREMONA, Oxford, 2011, p. 103 ss.