

RIASSUNTO

Lo studio è dedicato alle condizioni di legittimità nell'ambito dell'ordinamento comunitario degli interventi statali di finanziamento delle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale (SIEG).

I servizi di interesse economico generale costituiscono una nozione grosso modo coincidente alla categoria dei servizi pubblici economici, elaborata negli ordinamenti nazionali "a diritto amministrativo" come la Francia e l'Italia. Tale categoria include prestazioni economiche poste in essere da enti pubblici o privati al fine di soddisfare esigenze generali della collettività.

Il Trattato che istituisce la Comunità europea riserva alla nozione di SIEG due norme: l'articolo 16, introdotto con il Trattato di Amsterdam, e l'articolo 86, paragrafo 2, disposizione presente sin dal Trattato di Roma. Le due disposizioni, nel dettare il regime giuridico delle attività di SIEG nell'ordinamento comunitario, non giungono però ad una loro definizione, individuando così una nozione intrinsecamente dinamica e flessibile, legata ai mutamenti della vita economica e sociale dei popoli europei, il cui effettivo contenuto è rimesso all'attività degli organi comunitari.

La scelta di non definire i SIEG è naturalmente indice di un approccio compromissorio che, se da un lato tiene conto dei mutamenti delle esigenze dei cittadini-utenti, dall'altro è frutto della consapevolezza del peculiare legame di tali attività con i poteri che gli Stati membri esercitano in settori chiave della loro organizzazione, quali la disciplina dell'amministrazione, la regolazione delle attività economiche e l'attuazione delle politiche sociali.

È infatti sin dall'inizio evidente che un intervento comunitario nel settore dei SIEG investe questioni particolarmente delicate negli equilibri fra la Comunità e gli Stati membri, in quanto lo svolgimento di tali tipologie di servizi è una componente essenziale del rapporto fra il cittadino e le istituzioni pubbliche di un paese, coinvolgendo sia competenze tradizionalmente statali, sia obiettivi fondamentali nel percorso di integrazione comunitaria.

I SIEG, infatti, rivestono una duplice natura, essendo allo stesso tempo attività economiche ed attività che soddisfano un interesse generale della collettività. Si

tratta dunque di attività che si muovono tra l'applicazione delle regole di mercato, il modulo organizzativo delle attività economiche, e l'interesse della collettività che deve essere raggiunto anche al di là di queste regole. Il rapporto fra la regole di mercato e la tutela dell'interesse generale, nell'ambito di un percorso di integrazione sovranazionale del tutto *sui generis* quale quello comunitario, non può più svolgersi soltanto nell'ambito degli ordinamenti interni. Queste considerazioni vengono puntualmente riflesse nel contenuto delle due norme del Trattato CE.

L'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE stabilisce che le imprese incaricate dello svolgimento di SIEG sono sottoposte al diritto comunitario, in particolare alle regole di concorrenza, a meno che l'applicazione di tali regole non pregiudichi l'attuazione dell'interesse generale cui tali servizi sono preposti. La particolarità delle attività di SIEG conduce dunque all'individuazione di un *régime particulier* nell'ambito dell'ordinamento comunitario, individuabile nel rapporto fra le regole di concorrenza normalmente applicabili alle attività economiche, ed interventi degli Stati membri in deroga a tale *corpus* normativo in vista del soddisfacimento dell'interesse generale che si attende dallo svolgimento delle singole attività di SIEG prese in considerazione. L'individuazione delle regole concretamente applicabili alle attività di SIEG è rimessa alla chiarificazione della giurisprudenza comunitaria che ha individuato le condizioni di applicazione della *derogation encadrée* posta dalla norma in esame.

Si deve tener conto che per lungo tempo l'interpretazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, è stata posta in relazione con il paragrafo 1 dello stesso articolo, in cui si prevede, in ossequio al principio di neutralità dell'ordinamento comunitario circa il regime della proprietà privata esistente negli ordinamenti interni, l'impossibilità per gli Stati membri di adottare misure contrarie all'applicazione delle norme del Trattato alle imprese pubbliche ovvero alle imprese cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi. Il tema interessa la disciplina comunitaria delle attività di SIEG in quanto tali attività vengono tradizionalmente gestite da imprese che operano in condizioni di monopolio ovvero da imprese pubbliche.

In un primo tempo, le istituzioni comunitarie seguono un approccio volto a tutelare le scelte degli Stati membri in quest'ambito, presumendo la legittimità dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi da parte degli Stati membri, impostazione che viene avallata dalla Corte di giustizia nel 1974¹.

L'atteggiamento neutrale della Comunità in tale settore di attività viene abbandonato negli anni fra l'Atto Unico europeo del 1986 ed il Trattato di Maastricht del 1992. Infatti, nell'ambito del completamento del Mercato unico, le istituzioni comunitarie non presumono più la legittimità degli interventi statali di attribuzione di diritti speciali o esclusivi.

L'interpretazione *market oriented*, tuttavia, lascia il passo ad una nuova consapevolezza del ruolo dei servizi pubblici non solo negli ordinamenti interni, ma nell'intero percorso dell'integrazione comunitaria, ponendo una posizione di sostanziale equilibrio tra le esigenze legate all'effettività delle regole di mercato, con quelle della tutela dell'interesse generale e dell'attenzione ai bisogni della collettività. Emblema di questo nuovo approccio è la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Corbeau*², in cui si stabilisce che la concessione di diritti speciali o esclusivi da parte degli Stati membri è consentita soltanto laddove lo richieda l'adempimento della missione di interesse generale cui un'attività di SIEG è preposta, proponendo così un'interpretazione in via combinata del paragrafi 1 e 2 dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Nella stessa sentenza si stabilisce che in generale uno Stato membro può derogare alle regole di concorrenza per consentire che l'impresa incaricata di SIEG operi in condizioni di equilibrio economico.

Si riconosce quindi legittimità ad interventi statali volti ad assicurare obiettivi generali che esulano dal mercato, assicurando che la discrezionalità riconosciuta agli Stati non contrasti col mantenimento di un mercato libero e concorrenziale. L'ampiezza dei poteri di controllo, attribuiti dall'articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE alla Commissione, dipende, secondo l'opinione maggioritaria, dalla presenza o meno di interventi di armonizzazione nel settore dei SIEG considerati. Pertanto, è consentito uno scrutinio maggiormente incisivo laddove vi è un intervento normativo della Comunità, mentre, nei casi in cui tale intervento è assente, vi è la

¹ Sentenza del 30 aprile 1974, *Sacchi*, causa 155/73, in *Raccolta*, p. 409.

² Sentenza del 19 maggio 1993, *Corbeau*, causa C-320/91, in *Raccolta*, p. I-2533.

possibilità di censurare le scelte statali soltanto in caso di errore manifesto, ossia quando le scelte degli Stati membri appaiono palesemente arbitrarie rispetto alla condizioni poste dalla norma.

L'atteggiamento di equilibrio fra le esigenze del mercato e di tutela delle istanze della collettività trova una compiuta espressione nell'articolo 16, inserito nel Trattato CE con il Trattato di Amsterdam. A dispetto di quanti sostengono che tale disposizione non contenga alcun contenuto innovatore, emerge un'indiscutibile legittimazione del ruolo dei SIEG nell'ordinamento comunitario. Innanzitutto, si afferma l'inclusione dei SIEG fra i valori comuni dell'Unione, aspetto funzionale all'individuazione di un obbligo condiviso fra Stati e Comunità in materia, la cui effettiva articolazione è retta dal principio di sussidiarietà. La dialettica di valori già ricavabile dalla possibilità di deroga alle regole di concorrenza ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, viene ulteriormente ribadita dall'articolo 16 che pone, quindi, tanto agli Stati membri quanto alla Comunità l'obbligo di porre in essere azioni positive per assicurare che la missione di interesse generale insita nello svolgimento di queste prestazioni venga adempiuta.

In questo contesto, occorre esaminare la disposizione dell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali in cui si afferma il riconoscimento da parte dell'Unione dell'accesso ai SIEG, quale si desume dalla legislazione e dalla prassi degli Stati membri. La Carta, essendo priva ad oggi di valore giuridico vincolante, costituisce, come la giurisprudenza comunitaria ha più volte avuto modo di chiarire, un parametro interpretativo qualificato per la ricostruzione dei principi generali del diritto, fonte che nell'ordinamento comunitario attua, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, Trattato UE, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Non sembra possa smentirsi l'opinione maggioritaria che esclude che l'accesso ai SIEG possa definirsi quale diritto fondamentale dell'uomo. Tutto ciò, tuttavia, non esclude la possibilità che l'articolo 36 della Carta rivesta un ruolo nell'attuazione delle politiche comunitarie e statali dedicate ai SIEG. In verità, seguendo l'interpretazione espressa in recenti conclusioni degli Avvocati generali³, nelle

³ Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Alber il 17 maggio 2001 al caso TNT-Traco, causa C-340/99, in *Raccolta*, p. I-4109; Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Poiares Maduro il 10 novembre 2005 al caso Fenin, causa C-205/03, in *Raccolta*, p. I-6295.

quali il riferimento all'articolo 16 del Trattato CE è associato alla disposizione dell'articolo 36 della Carta di Nizza, sembra profilarsi per l'ultima disposizione il ruolo di parametro interpretativo privilegiato dell'obbligo di azioni positive in tema di SIEG ricavabile *ex* articolo 16 Trattato CE.

La conclusione appare confermata nelle recenti comunicazioni interpretative che la Commissione ha adottato in materia, in cui il riferimento all'articolo 16 Trattato CE è sempre associato all'articolo 36 della Carta di Nizza.

L'attività di qualificazione svolta dall'Esecutivo comunitario riveste particolare importanza nell'analisi che si sta svolgendo. A partire dagli anni Novanta la Commissione ha adottato vari atti di natura interpretativa sul tema, con cui ha sostanzialmente recepito le indicazioni provenienti dalle pronunce della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado chiamate ad applicare le due norme esaminate del Trattato. Nelle varie pubblicazioni si pongono in evidenza le tendenze attuali in tema di SIEG, precisandone la nozione ed i requisiti individuati dalle pronunce giurisprudenziali e dalla normativa settoriale e nel contempo ponendo in luce gli obiettivi e l'assetto delle azioni della Comunità e degli Stati membri in materia.

I SIEG sono dunque servizi di natura economica che in virtù di un interesse generale della collettività, sono assoggettati da Stati membri e Comunità ad obblighi di servizio pubblico, requisiti che ne costituiscono la nota qualificante.

La nozione così proposta è funzionale all'illustrazione dell'operare del principio di sussidiarietà *in subiecta materia*: agli Stati membri spetta il potere discrezionale di definire le missioni di interesse generale da soddisfare e quali attività economiche possono costituire SIEG, mentre alla Comunità per il tramite della Commissione *ex* articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE, spetta un potere di controllo, con un grado di pervasività che varia a seconda del settore di attività preso in esame, sulla conformità delle scelte compiute dagli Stati al Trattato CE.

Il potere discrezionale di definire i SIEG comprende anche l'individuazione degli obblighi di servizio pubblico, che, come detto, costituiscono i caratteri essenziali di queste tipologie di servizi. Occorre porre in rilievo che alla base dell'intervento comunitario nel settore dei SIEG vi è una spiegazione in termini economici del fenomeno considerato. Invero, l'interesse generale che contraddistingue le attività

di SIEG comporta che tali tipologie di servizi vengano svolte con determinati requisiti che tuttavia l'operatore non assume in condizioni normali di mercato, in quanto danno luogo a costi superiori rispetto alla normale attività d'impresa, generando prestazioni non remunerative. Il mercato, dunque, non assicura spontaneamente l'attuazione dell'interesse generale. In tali condizioni è necessario un atto da parte dell'Autorità che imponga i particolari requisiti che devono accompagnare lo svolgimento della prestazione: gli obblighi di servizio pubblico.

L'intervento dell'Autorità comporta, come conseguenza dell'imposizione di obblighi di servizio pubblico, la previsione di forme di sostegno finanziario all'impresa interessata, in modo tale che essa operi in condizioni di equilibrio economico tali da consentire l'erogazione del servizio considerato. Dal punto di vista del riparto delle competenze fra Stati membri e Comunità, l'individuazione di interventi di tali interventi di compensazione degli obblighi di servizio pubblico rientra nella discrezionalità statale.

L'attenzione delle istituzioni comunitarie si rivolge così alle attività di SIEG, mettendo in discussione proprio gli interventi degli Stati membri di cui sono destinatarie le imprese incaricate di tali servizi, valutando il comportamento statale alla luce di un'altra norma del Trattato CE, l'articolo 87, paragrafo 1, norma che impedisce agli Stati di accordare aiuti finanziari a determinate imprese, in quanto benefici potenzialmente distorsivi delle condizioni di piena concorrenza che devono regolare il Mercato unico. In via astratta anche le compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico rientrano nell'ambito di applicazione di tale divieto e sono pertanto sottoposte ai poteri di controllo che il Trattato CE attribuisce alla Commissione per l'*enforcement* del divieto di aiuti di Stato.

Nelle compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico il rapporto fra il rispetto delle regole di mercato e la tutela dell'interesse generale che è sotteso alle attività di SIEG si traduce nella relazione fra l'articolo 87, paragrafo 1, e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. È, infatti, dal rapporto fra queste due norme che si ricavano le condizioni di legittimità nell'ordinamento comunitario degli interventi statali oggetto d'analisi.

Sono le decisioni della Commissione in tema di aiuti di Stato che pongono i primi passi per l'elaborazione dell'*acquis communautaire* in materia, il cui contributo

fondamentale proviene, tuttavia, come è tipico del sistema di integrazione comunitaria, dal ragionamento giuridico del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia.

La Commissione si trovava dinanzi alla difficoltà di definire giuridicamente tali interventi economici degli Stati membri, in assenza di una disciplina specifica che li prendesse in considerazione. Nel 1995 la Commissione ritiene legittime le misure di finanziamento accordate dalla Francia all'ente che gestisce i servizi postali, stabilendo che tale sostegno finanziario rispettava le condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, in quanto limitato al finanziamento di attività di SIEG, non superando l'ammontare dei costi aggiuntivi prodotti dall'erogazione del servizio⁴. Così, la Commissione ha qualificato l'intervento statale come una misura di compensazione, non rientrante nell'ambito di applicazione del divieto posto dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Il Tribunale di primo grado, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione della decisione *ex* articolo 230 Trattato CE da parte di imprese concorrenti di *La Poste* nel settore delle assicurazioni, rifiuta l'impostazione adottata dalla Commissione. Infatti, nella sentenza *FFSA* del 1997⁵, i giudici del Tribunale affermano che il principio di incompatibilità posto dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, riguarda ogni intervento finanziario potenzialmente distorsivo del mercato concorrenziale. Di conseguenza anche le misure esaminate dalla Commissione nel caso di specie rientrano nell'ambito di applicazione del divieto e sono sottoposte integralmente alla disciplina posta dal Trattato in relazione agli aiuti alle imprese. La circostanza che l'impresa destinataria del finanziamento statale esercita un'attività che lo stesso Stato membro definisce come SIEG deve essere apprezzata in un momento successivo, valutando la possibilità di giustificare

⁴ Cfr. Decisione della Commissione dell'8 febbraio 1995, relativo all'aiuto di Stato NN-135/1992 Francia (caso *La Poste*), pubblicata in GUCE del 7 ottobre 1995, serie C 262, p. 11.

⁵ Sentenza del 27 febbraio 1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) e Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-106/95, in *Raccolta*, p. II-229.

l'aiuto in questione ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, secondo le condizioni di applicazione specificate dalla giurisprudenza *Corbeau* ed *Almelo*.

Il Tribunale di primo grado propone un inquadramento giuridico differente rispetto a quello seguito dalla Commissione. Si adotta, infatti, un'interpretazione estensiva del divieto dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, ritenendo comprese in tale divieto, e quindi potenzialmente distorsive del mercato concorrenziale, le misure statali di finanziamento alle imprese incaricate di SIEG. La legittimità, nell'argomentazione del Tribunale di primo grado, può essere affermata in via successiva nel caso in cui la misura presa in esame rispetta le condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, in particolare l'assenza di sovracompenzazioni, cioè l'ammontare del finanziamento statale non deve superare i costi aggiuntivi generati dall'erogazione del SIEG. I giudici del Tribunale seguono il criterio che è stato definito "dell'aiuto di Stato".

Stabilire che gli interventi statali di compensazione rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE non è privo di conseguenze dal punto di vista procedurale. Si applicano ad essi tutte le norme poste dal Trattato in tema di aiuti statali alle imprese, in special modo gli obblighi imposti dall'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE: gli Stati membri devono preventivamente notificare le misure di aiuto alla Commissione ed astenersi dal mettere in esecuzione tali interventi prima che detta istituzione si sia pronunciata sulla loro compatibilità.

Evidentemente tali obblighi procedurali potrebbero condurre a degli ostacoli nell'effettiva erogazione delle prestazioni di SIEG prese in esame.

L'impostazione del Tribunale di primo grado nella sentenza *FFSA*, cui la Commissione si era prontamente adeguata, viene tuttavia smentita dalla Corte di giustizia nel 2001 con la sentenza nel caso *Ferring*⁶. La Corte di giustizia qualifica l'esenzione dal pagamento di un contributo garantita dalla Francia ai grossisti del settore farmaceutico come una compensazione di obblighi di servizio pubblico, non rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. La Corte di Lussemburgo ritiene, infatti, vietate da questa norma del Trattato

⁶ Sentenza del 22 novembre 2001, *Ferring SA contro Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, causa C-53/00, in *Raccolta*, p. I-9067.

CE soltanto le misure finanziarie statali che apportano un vantaggio all'impresa beneficiaria, condizione che non si verifica nelle compensazioni statali alle imprese incaricate di SIEG, in quanto mera contropartita degli obblighi imposti dall'Autorità, di cui va a coprire i costi aggiuntivi.

La sentenza *Ferring* è un vero e proprio *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza del Tribunale di primo grado. L'intervento statale con cui al tempo stesso si impongono obblighi di servizio pubblico e si accordano misure di sostegno finanziario per compensare i costi aggiuntivi, non è un aiuto di Stato, ma al contrario un intervento neutrale dal punto di vista economico. Di conseguenza non si applica alle misure in questione l'obbligo di previa notifica né quello di *standstill ex* articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE.

Attorno ai due criteri, quello dell'aiuto di Stato emerso nella sentenza *FFSA* del Tribunale di primo grado, e quello della compensazione *cd. pura* espresso dalla Corte di giustizia in *Ferring*, si apre una *querelle*, non solo fra i commentatori, ma anche fra gli Avvocati generali chiamati a prendere posizioni sul tema.

Una critica articolata della scelta della Corte di giustizia è espressa dall'Avvocato generale Léger nelle sue due conclusioni al caso *Altmark*. Fra gli aspetti che lasciano maggiormente perplessi in relazione al criterio elaborato nella sentenza *Ferring* vi è l'affievolimento dei poteri di controllo della Commissione, in quanto la valutazione della legittimità degli interventi di compensazione posti in essere dagli Stati membri passa alle giurisdizioni nazionali, non applicandosi più la disciplina degli aiuti di Stato. Pare dunque maggiore il rischio che gli Stati membri pongano in essere pratiche elusive del divieto posto dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, nel passaggio da un controllo *ex ante* incardinato nella Commissione ad un controllo *ex post* attribuito alle giurisdizioni nazionali, le quali, tra l'altro, possono rivelarsi inadeguate a compiere valutazioni economiche complesse quali quelle richieste *in subiecta materia*, in contrasto con il loro ruolo tradizionalmente complementare a quello delle istituzioni comunitarie nell'attuazione del divieto di aiuti di Stato.

Un aspetto ancor più problematico è rappresentato dall'impossibilità di applicare alle misure di sostegno finanziario accordate dagli Stati membri alle imprese incaricate di SIEG, adottando il criterio della compensazione elaborato nella

sentenza *Ferring*, la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, in quanto la sentenza della Corte di giustizia esclude che tale norma possa giustificare compensazioni eccedenti i costi aggiuntivi generati dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico.

La Corte di giustizia si trova nuovamente ad affrontare il tema nel 2003 nella questione pregiudiziale relativa al caso *Altmark Trans*⁷. I giudici di Lussemburgo non potevano esimersi dal prendere una posizione che risolvesse le criticità avanzate nel dibattito apertosi a seguito della pronuncia del 2001, andando incontro alle esigenze di certezza del diritto di cui necessitavano tutti i soggetti interessati, cui la *querelle* sui criteri da adottare non aveva di certo fornito risposta. I giudici *a quo* si interrogano sulla legittimità ai sensi del diritto comunitario delle sovvenzioni pubbliche accordate dalle autorità tedesche ad un'impresa incaricata della gestione del servizio di trasporto pubblico locale.

La Corte di giustizia, dopo aver chiarito i rapporti fra le norme di diritto primario e di diritto derivato applicabili al caso di specie, si concentra sull'inquadramento giuridico delle sovvenzioni statali, riprendendo l'interpretazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE proposta nella sentenza *Ferring*. Così, gli interventi statali di finanziamento di imprese incaricate di SIEG, in quanto mirano a compensare gli oneri di servizio pubblico, non possono considerarsi attributivi di un vantaggio, così come richiede la nozione di aiuto vietato prevista nel Trattato CE.

La Corte di giustizia, quasi in risposta alle critiche sulla flessibilità del criterio accolto nella sentenza *Ferring*, subordina tuttavia tale conclusione al rispetto cumulativo di quattro condizioni: l'impresa deve essere incaricata effettivamente di obblighi di servizio pubblico chiaramente definiti; i parametri di calcolo della compensazione devono essere stati preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente; l'ammontare della compensazione non può eccedere i costi sostenuti nell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, considerando nel calcolo le entrate complessive ed un margine di utile ragionevole per l'impresa; l'impresa

⁷ Sentenza del 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in presenza di *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, causa C-280/2000, in *Raccolta*, p. I-7747.

incaricata deve essere scelta mediante una procedura pubblica di aggiudicazione ovvero, in caso contrario, l'ammontare della compensazione deve essere rapportato ai costi sostenuti da un'impresa media efficacemente gestita e dotata di mezzi aziendali adeguati per erogare le prestazioni di SIEG considerate.

Laddove una misura statale sfugga ad una o più condizioni, tale intervento statale rientra pienamente nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, qualificandosi come aiuto di Stato vietato.

La Corte di giustizia, dunque, nella sentenza *Altmark* elabora un approccio condizionato al criterio della compensazione, indirizzando gli Stati membri a scelte di trasparenza ed efficienza. Infatti, il *plenum* della Corte, pur ribadendo la validità teorica del criterio enunciato nella sentenza *Ferring*, fornisce un rigido inquadramento di tale schema, ponendo condizioni stringenti affinché gli Stati membri possano fruire di un maggior spazio di manovra nella loro attività di finanziamento rispetto a quello che essi otterrebbero sottoponendo tale attività all'applicazione integrale della disciplina degli aiuti di Stato.

Fra le condizioni *Altmark*, quella il cui significato appare più complesso e la sua applicazione meno agevole è sicuramente la quarta, in particolare nella parte in cui prevede, in alternativa allo svolgimento di una procedura di gara per la scelta dell'impresa, il riferimento ai costi sostenuti da un'impresa media che opera sul mercato, efficientemente gestita e dotata di mezzi di produzione adeguati, per offrire la stessa tipologia di prestazioni. L'obiettivo della condizione pare chiaramente quello di introdurre, mediante una tecnica di *benchmarking*, dei requisiti di efficienza nella gestione delle imprese incaricate di SIEG.

La complessità del requisito così delineato dalla sentenza *Altmark* appare in tutta la sua evidenza se raffrontata con l'indicazione di segno opposto che invece si desume da un'altra sentenza della Corte di giustizia che precede di poche settimane quella del caso esaminato: la sentenza del 3 luglio 2003 relativa all'affare *Chronopost*.

L'annosa vicenda *Chronopost* presenta vari profili di interesse con la tematica del finanziamento dei SIEG e con le problematiche poste dall'attuazione di politiche di liberalizzazione in questo settore, in particolare le difficoltà legate all'apertura dei mercati di servizi la cui erogazione non può prescindere dalla presenza di una

rete infrastrutturale. L'interrogativo su cui sono chiamati più volte a pronunciarsi i due organi giurisdizionali della Comunità – si consideri che la Corte di giustizia è intervenuta definitivamente sulla controversia nello scorso luglio – attiene alla possibilità di configurare l'assistenza logistica prestata dalla società che gestisce i servizi postali in Francia, *La Poste*, ad una sua controllata, *Chronopost*, attiva nel settore dei corrieri espresso come un aiuto di Stato vietato dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

La Corte di giustizia nel 1996⁸ aveva indicato come criterio risolutivo della *querelle* il riferimento alle condizioni normali di mercato: soltanto se *Chronopost* ha ricevuto un vantaggio che non avrebbe ottenuto nel normale operare dei rapporti di mercato, può considerarsi beneficiaria di un aiuto di Stato vietato dal Trattato CE. In tale prima pronuncia, la Corte di Lussemburgo non indica concretamente quali siano i parametri da prendere in considerazione in tale valutazione.

Nel 2003, a seguito dell'impugnazione di una sentenza del Tribunale di primo grado che annullava una decisione della Commissione sul caso, la Corte di giustizia è chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla vicenda. Ci si attendeva una chiara presa di posizione della Corte sul significato da attribuire alle condizioni normali di mercato.

La Corte di giustizia constata che *La Poste* non può paragonarsi ad un'impresa privata operante in condizioni normali di mercato, essendo stata incaricata dell'erogazione dei servizi postali, attività di SIEG chiaramente riferibile alla norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ed essendosi dotata, a seguito di tale incarico da parte dell'Autorità, di una rete infrastrutturale in grado di assicurare lo svolgimento delle prestazioni in condizioni di universalità. L'analisi relativa alle condizioni normali di mercato non può prescindere da tali constatazioni e deve, nel caso di specie, riferirsi agli unici elementi obiettivi e verificabili, ossia la presenza di un *network* e dei costi ad esso relativi⁹.

⁸ Sentenza dell'11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri contro La Poste e altri*, causa C-39/94, in *Raccolta*, p. I-3547.

⁹ Sentenza del 3 luglio 2003, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese contro Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA*, cause riunite C-83/01 P., C-93/01 P. e C-94/01 P., in *Raccolta*, p. I-6993.

Oltre agli elementi di indubbia importanza in relazione al complesso rapporto fra liberalizzazione, prestazioni di SIEG e gestione delle *network industries*, si desume che le condizioni normali di mercato possono coincidere con quelle obiettivamente esistenti, e cioè con la presenza di unico operatore sul mercato, conclusione che contraddice il requisito del *benchmarking* richiesto dalla quarta condizione *Altmark*. Invero, da un lato, nella sentenza *Altmark* la Corte di giustizia afferma la necessità di una comparazione del livello della compensazione ai costi sostenuti da un'impresa media adeguatamente gestita e dotata di mezzi adeguati per assolvere i medesimi obblighi di servizio pubblico, dall'altro, nella sentenza *Chronopost*, nel definire le condizioni normali di mercato che escludono la presenza di un aiuto di Stato, la stessa Corte impone di analizzare solo gli elementi obiettivi e verificabili, rappresentati dai costi sostenuti per la costituzione ed il mantenimento della rete, dunque, una valutazione scevra di riferimenti all'efficienza della gestione.

Il requisito del *benchmarking* posto dalla quarta condizione non è l'unico aspetto di perplessità della pronuncia *Altmark*. Infatti, la Corte di giustizia nell'enucleare le condizioni che consentono di escludere le compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico dall'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, non considera in alcun modo la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Tale assenza di riferimenti a questa norma può essere letta come una riconferma *in toto* dell'impianto concettuale emerso con la sentenza *Ferring*, negando la possibilità di applicare alle compensazioni statali di oneri di servizio pubblico la norma in questione. D'altro canto, l'assenza di riferimenti può anche essere letta, all'opposto, come una presa di distanza da parte del *plenum* della Corte di quanto si affermava nella sentenza *Ferring* circa l'impossibilità di applicare la norma di deroga agli interventi statali in esame, tesi che sembra maggiormente rispondente al dato che la sentenza *Altmark* non è una riedizione *tout court* della pronuncia del 2001, ma piuttosto una sua affermazione circondata dal rispetto di garanzie e requisiti alquanto rigorosi quali le quattro condizioni.

Per quanto attiene specificamente al rapporto fra le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE non si può fare a meno di riscontrare una parziale

corrispondenza delle prime con le condizioni di applicazione che la giurisprudenza comunitaria ha tratto dall'interpretazione di detta norma del Trattato.

In special modo la prima condizione corrisponde pienamente alla necessità che la pubblica autorità incarichi con un atto ufficiale l'impresa designata dello svolgimento del SIEG considerato, così come la giurisprudenza ha sempre richiesto ai fini dell'operatività della deroga *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

La stessa corrispondenza può individuarsi nell'analisi della terza condizione. Infatti, la necessità che l'ammontare della compensazione sia uguale o inferiore ai costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico è agevolmente riferibile al test di necessità e proporzionalità cui deve rispondere l'intervento statale di deroga alla regole di concorrenza ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, per assicurare l'adempimento della missione di interesse generale affidata all'impresa incaricata del SIEG.

Differente è la conclusione se si prendono in esame la seconda e la quarta condizione. Non può infatti sostenersi che l'applicazione della norma del Trattato richieda una predeterminazione dei requisiti di calcolo della compensazione, così come richiede la seconda condizione *Altmark*, né richiede agli Stati membri di espletare procedure di gara nella scelta dell'impresa ovvero di procedere ad una comparazione dei costi dell'impresa incaricata con quelli di un'impresa media attiva sul mercato.

La corrispondenza soltanto parziale delle condizioni *Altmark* con i presupposti applicativi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE non esclude che quest'ultima norma possa essere utilizzata per stabilire la legittimità nell'ordinamento comunitario di misure statali di compensazione di obblighi di servizio pubblico che, pur sfuggendo alla seconda ovvero alla quarta condizione, sono invece conformi alla prima ed alla terza condizione *Altmark*.

La Commissione fa propria questa interpretazione nella sua pratica decisionale. Infatti, nella motivazione di una decisione con cui analizza lo schema di finanziamento previsto dallo Stato italiano a favore dell'emittente radiotelevisiva

pubblica *RAI*¹⁰, la Commissione supera la maggiore difficoltà interpretativa che derivava dalla sentenza *Altmark*, cioè la possibilità di applicare, anche nel quadro di un approccio compensativo condizionato, quale si ricava da detta pronuncia, l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. L'Esecutivo comunitario desume in effetti tale possibilità da un passaggio della sentenza *Altmark*¹¹, in cui la Corte, al quesito posto dal giudice *a quo* sull'applicabilità o meno dell'articolo 73 Trattato CE agli aiuti di Stato nel settore dei trasporti, afferma la possibilità di applicare le norme di diritto primario agli interventi statali di compensazione che sfuggono alle condizioni formulate nella stessa pronuncia della Corte. La Commissione, muovendo dal presupposto che l'articolo 73 è *lex specialis* rispetto all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, stabilisce che misure statali di compensazione di oneri di servizio pubblico, non rientranti nelle condizioni *Altmark*, sono legittime nell'ordinamento comunitario se rispettano i presupposti applicativi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

La Commissione, dunque, restituisce un ruolo all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE nella valutazione della legittimità delle misure statali in esame e pone il fondamento di tale approccio nella giurisprudenza comunitaria, in qualche modo completandola, poiché la Corte di giustizia si era limitata a stabilire, con la posizione delle quattro condizioni, quando un intervento finanziario volto a compensare obblighi di SIEG non è un aiuto di Stato e non deve essere notificato alla Commissione.

Appariva, dunque, di stringente necessità far fronte ad un'esigenza di certezza del diritto, chiarendo il ruolo dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE nella valutazione di legittimità delle compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico in relazione alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Altmark*. La Commissione così adotta il 28 novembre 2005 un pacchetto normativo, definito nel linguaggio degli operatori «pacchetto Post-Altmark» o «pacchetto Monti», iniziativa rientrante nel Piano d'azione 2005-2009 per la riforma degli aiuti di Stato.

¹⁰ Decisione della Commissione del 15 ottobre 2003, n. 2004/339/CE, *Misure attuate dall'Italia in favore di RAI S. p. A.*, pubblicata in GUCE del 23 aprile 2004, serie L 119, p. 1.

¹¹ Sentenza *Altmark* cit., punti 101-109.

Il pacchetto Monti consta di tre atti.

La prima misura è la Decisione 2005/842/CE¹² riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, 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 detta decisione si stabilisce che gli interventi statali di compensazione non rientranti nelle condizioni *Altmark*, quindi aiuti di Stato a norma dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, se non superano determinate soglie quantitative e rispettano gli ulteriori requisiti da essa posti, sono dichiarati aiuti compatibili *ipso iure* con l'ordinamento comunitario ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ed esentati dall'obbligo di notifica.

Le soglie quantitative poste dalla decisione, attinenti ad un certo ammontare della compensazione e del fatturato dell'impresa considerata, rispondono all'obiettivo di ritenere compatibili gli aiuti *de minimis*, ossia interventi finanziari che per il loro modesto ammontare, non sono ritenuti in grado di produrre effetti distorsivi sul mercato concorrenziale.

La compatibilità e l'esenzione dall'obbligo di notifica preventiva, in aggiunta al rispetto delle summenzionate soglie quantitative, è condizionata al rispetto di ulteriori requisiti, posti dagli articoli 4 e 5 della decisione.

L'articolo 4 della decisione dispone la necessità di un atto di conferimento ufficiale dell'incarico di un SIEG da parte dell'Autorità pubblica all'impresa considerata. La decisione, seppur consentendo libertà di forme agli Stati, richiede condizioni di pubblicità dell'atto, la sua chiara individuabilità ed una serie di contenuti da rispettare¹³. L'articolo 4 è dunque una chiara trasposizione della prima condizione posta dalla sentenza *Altmark*.

Il secondo requisito è posto dall'articolo 5 della decisione in esame. Affinché un aiuto sotto forma di compensazione sia dichiarato compatibile *ex* articolo 86,

¹² Decisione n. 2005/842/CE della Commissione del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, pubblicata in GUCE del 29 novembre 2005, serie L 312, p. 67.

¹³ L'articolo 4 indica: la natura e la durata degli obblighi di servizio pubblico; le imprese interessate e il territorio di riferimento; la natura dei diritti esclusivi eventualmente concessi; i parametri di calcolo, di controllo e di revisione della compensazione; le modalità per evitare la presenza di sovracompensazioni e per ottenere il loro rimborso.

paragrafo 2, Trattato CE, il suo ammontare deve essere commisurato ai costi sostenuti dall'impresa, tenendo conto delle entrate complessive e di un margine di utile ragionevole. La Commissione specifica la nozione di costi e di margine di utile ragionevole. Il requisito così enunciato è attuazione del principio di proporzionalità richiesto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE e la sua formulazione può dirsi corrispondente a quella della terza condizione enucleata nella sentenza *Altmark*.

Il sistema di controllo sugli aiuti *de minimis* che presentano le condizioni enunciate dalla decisione è pertanto affidato agli Stati membri in quanto si pongono degli obblighi di controllo regolari sull'attività delle imprese destinatarie degli aiuti. Si prevede, tuttavia, la possibilità di un controllo eventuale da parte della Commissione, cui è funzionale l'obbligo di messa a disposizione da parte delle autorità degli Stati membri delle informazioni relative a tali forme di aiuti.

Il secondo atto che compone il pacchetto Monti è la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico¹⁴. L'ambito di applicazione riguarda le compensazioni destinate ad imprese incaricate di SIEG da considerarsi aiuti in principio vietati in quanto non conformi alle condizioni *Altmark* e al tempo stesso non compresi nell'ambito di applicazione della decisione del 2005. Si tratta di aiuti, dunque, soggetti regolarmente all'obbligo di preventiva notifica.

In questo atto la Commissione indica le condizioni di compatibilità di tali aiuti ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, ossia esplicita i criteri che seguirà nel ritenere compatibili le compensazioni di obblighi di servizio pubblico conformemente a quest'ultima norma del Trattato. Trattandosi di un atto di *soft law*, vincola soltanto la Commissione nell'esercizio dei poteri di controllo che il Trattato le attribuisce in materia di aiuti di Stato.

Le condizioni di compatibilità individuate nella disciplina ricalcano palesemente i criteri posti dalla decisione: la presenza di un atto d'affidamento dell'incarico di

¹⁴ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, pubblicata in GUUE del 29 novembre 2005, serie C 297, p. 4.

SIEG all'impresa interessata dall'aiuto, l'ammontare della compensazione adeguato ai costi sostenuti per lo svolgimento del SIEG considerato.

La terza misura individuata nel pacchetto Monti è la direttiva 2005/81/CE¹⁵. Con tale atto si modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra Stati membri ed imprese pubbliche e fra determinate imprese. La direttiva del 2005 stabilisce che tutte le imprese destinatarie di compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico, siano essi aiuti o meno, sono sottoposte ad un obbligo di contabilità separata, da cui risultino chiaramente i costi ed i ricavi relativi alle varie attività svolte dall'impresa. Si tratta quindi di un obbligo funzionale alla verifica della relazione diretta fra costi sostenuti ed ammontare della compensazione, requisito posto tanto dalla terza condizione *Altmark*, quanto dal test di proporzionalità ricavabile dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

L'importanza dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE in relazione alla valutazione della legittimità degli interventi statali di compensazione degli obblighi di servizio pubblico è così riconosciuta, ribadendo, d'altronde, il ruolo centrale della Commissione nel controllo e nell'attuazione *in subiecta materia* degli interessi della Comunità.

Il riparto di competenze fra le istituzioni degli Stati membri e la Commissione pare improntato ad un sostanziale equilibrio, in cui si preserva la struttura del Trattato, sia per quanto attiene il particolare *status* delle imprese incaricate di SIEG, sia per ciò che riguarda l'attuazione del divieto di aiuti di Stato.

I commentatori, tuttavia, hanno sottolineato una serie di aspetti di perplessità, ritenendo comunque poco esaustivo l'intervento normativo della Commissione del 2005.

Profili di criticità si rintracciano sia nella scelta della base giuridica della decisione, atto che, nell'opinione di molti, avrebbe dovuto essere sostituito da un

¹⁵ Direttiva 2005/81/CE della Commissione del 28 novembre 2005, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, pubblicata in GUCE del 29 novembre 2005, serie L 312, p. 47.

regolamento, sia nell'aver emanato un atto di *soft law* quale la Disciplina, mentre, a rigore, sarebbe stata più adeguata l'adozione di una direttiva.

È diffuso, poi, il convincimento che il contributo apportato all'interpretazione delle condizioni *Altmark* sia modesto, in special modo con riferimento ai requisiti di efficienza posti dalla quarta condizione. Inoltre, il pacchetto Monti non affronta la tematica dell'eventuale efficacia diretta dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE in relazione ad aiuti sotto forma di compensazioni di obblighi di servizio pubblico la cui notifica è stata omessa e l'esecuzione avviata – aiuti dunque non rientranti nell'ambito di applicazione della decisione - con la possibilità che il giudice interno si pronunci sulla legittimità delle misure statali in questione.

Il complesso quadro giuridico sin qui ricostruito deve essere analizzato con riferimento alla sua applicazione nei casi più recenti portati all'attenzione degli organi di giustizia della Comunità e in quelli oggetto della attività decisionale della Commissione.

Fra i casi giurisprudenziali, è senza dubbio l'articolata pronuncia del Tribunale di primo grado nel caso *BUPA contro Commissione*¹⁶ quella che presenta maggiori profili di interesse per l'analisi sin qui svolta.

La sentenza riguarda il sistema di assicurazione privata di malattia istituito in Irlanda. Le autorità irlandesi hanno posto determinati obblighi in capo agli assicuratori funzionali a consentire l'accesso di ogni residente nel paese ad un livello minimo di prestazioni assicurative contro il rischio malattia, tra i quali, in particolare, l'obbligo di adesione aperta che impone ad ogni assicuratore la stipula di un contratto con chiunque ne faccia richiesta, indipendentemente dall'età e dalle condizioni di salute, e l'obbligo di tariffazione comune che consente ad ogni assicurato di pagare un premio determinato solo in base al tipo di copertura e non in relazione al rischio assicurato. Per consentire la sostenibilità del SIEG così individuato, l'Irlanda prevede un meccanismo di equalizzazione dei rischi, il *RES*, consistente in un fondo alimentato dagli assicuratori che presentano un profilo di rischio inferiore al rischio medio, grandezza calcolata in base alle prestazioni

¹⁶ Sentenza del 12 febbraio 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd e BUPA Ireland Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-289/03, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

assicurative erogate nell'intero mercato di assicurazione privata di malattia. Le risorse del fondo così raccolte sono quindi utilizzate per compensare gli assicuratori che, a differenza dei primi, sempre in base al calcolo del rischio medio, presentano profili di rischio elevato.

Una società di assicurazione impugna dinanzi al Tribunale di primo grado la decisione della Commissione del 2003 in cui si negava che il sistema irlandese costituisse aiuto di Stato vietato, ritenendolo, invece, un intervento di compensazione legittimo ai sensi della giurisprudenza *Ferring*.

Il Tribunale esamina il caso alla luce della sentenza *Altmark* della Corte di giustizia, rilevando che le condizioni poste da tale giurisprudenza coincidono ampiamente con i criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. I giudici del Tribunale sostengono, dunque, la piena coincidenza applicativa fra i due test.

Il Tribunale si concentra sulle condizioni *Altmark*, stabilendo, prima di procedere alla loro verifica nel sistema irlandese posto alla sua attenzione, che la loro applicazione nel caso di specie sarà concentrata sulla finalità che ha ispirato la Corte di giustizia nella loro enunciazione, al di là della loro formulazione letterale. Innanzitutto, i giudici del Tribunale individuano una prerogativa degli Stati membri nel definire le attività economiche costituenti SIEG, il cui esercizio è censurabile dalla Comunità, per il tramite della Commissione, soltanto in casi di errore manifesto. Il fondamento giuridico di tale competenza degli Stati membri si rinviene, a parere dei giudici di Lussemburgo, nell'assenza di una definizione di SIEG nel Trattato e nella mancanza di una competenza specificamente attribuita alla Comunità. A sostegno di questa argomentazione, il Tribunale invoca in relazione al caso di specie che riguarda la tutela della salute, l'articolo 152, paragrafi 1 e 5, Trattato CE.

Solo in ultimo, i giudici del Tribunale riferiscono il riparto di competenze così delineato al principio di sussidiarietà desumibile dall'articolo 16 Trattato CE.

La complessiva posizione di *self restraint* adottata dal Tribunale nei confronti delle scelte di uno Stato membro compiute nel settore dei SIEG è riscontrabile complessivamente nell'analisi di ogni condizione posta dalla sentenza *Altmark* in relazione al caso di specie.

In particolare nell'analisi della prima condizione, attinente alla chiara definizione del SIEG, il Tribunale si concentra sull'universalità e sull'obbligatorietà delle prestazioni poste in essere nel mercato irlandese dell'assicurazione di malattia. Tali requisiti sono ritenuti in grado di soddisfare l'obiettivo della solidarietà intergenerazionale che l'Irlanda, nell'esercizio delle sue competenze discrezionali, ha legittimamente posto a fondamento del sistema.

Nel giudizio del Tribunale, poi, il rispetto della prima condizione consente anche la verifica dell'adempimento della terza condizione *Altmark*. Infatti, il Tribunale, allontanandosi dal dato letterale, individua il rispetto della relazione diretta fra costi e livello delle compensazioni nella relazione di strumentalità fra gli obblighi di SIEG definiti dallo Stato membro e la previsione di un sistema di compensazioni come il *RES*, fondato su elementi oggettivi e verificabili, quale è il rischio medio.

L'aspetto delle eventuali sovracompensazioni non è preso in considerazione.

Anche in relazione alla quarta condizione, i giudici del Tribunale propongono un'interpretazione flessibile ed alquanto lontana dal dato letterale. Infatti, il principio di efficienza riscontrabile nel raffronto con l'impresa media postulato dalla quarta condizione *Altmark* viene tradotto nella garanzia di neutralità dell'intervento statale, aspetto individuato nella circostanza che il sistema si fonda su una grandezza economico-statistica quale il rischio medio. La possibilità che nel calcolo del rischio medio si riflettano costi dovuti a gestioni inefficienti viene considerato remoto. Si afferma dunque una lettura congiunta della terza e della quarta condizione: il rischio medio consente che gli assicuratori adempiano agli obblighi di SIEG e allo stesso tempo esclude che la collettività sovvenzioni operatori inefficienti.

Il Tribunale così ritiene che nel caso di specie siano soddisfatte tutte le quattro condizioni poste dalla sentenza *Altmark*. Nondimeno, il giudizio prosegue con l'analisi della conformità del sistema all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, sebbene, più volte, il Tribunale ne abbia affermato la coincidenza applicativa con le condizioni *Altmark*. In tale analisi, i giudici del Tribunale ritengono l'intervento statale in deroga alle regole di concorrenza giustificato per evitare che si verificino effetti di selezione attiva dei rischi, cioè la possibilità che gli

assicuratori si concentrino su clienti giovani ed in buone condizioni di salute, lasciando fuori dal sistema i soggetti con profilo di rischio più elevato. Inoltre, le misure poste in essere dall'Irlanda appaiono anche proporzionali rispetto alla finalità di assicurare la solidarietà intergenerazionale visto che il sistema *RES* consente che gli operatori adempiano in condizioni di stabilità economica agli obblighi di SIEG. L'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE è dunque rispettato.

Complessivamente si può sostenere che la sentenza *BUPA contro Commissione* costituisca una sorta di compromesso fra la sentenza *Ferring* e la sentenza *Altmark*. Infatti i giudici del Tribunale propongono un sindacato equidistante tanto dall'approccio compensativo *tout court* della sentenza *Ferring*, quanto dalle stringenti condizioni della compensazione poste dalla Corte di giustizia in *Altmark*, poiché si individua un margine di applicazione flessibile di tali criteri, consentendo una maggiore adattabilità del loro dettato alle differenti tipologie e modalità organizzative delle attività di SIEG. Tale approccio, se da un lato afferma l'impossibilità di prescindere dalle condizioni *Altmark* per escludere la qualificazione dell'intervento finanziario come aiuto vietato, dall'altro accorda agli Stati membri margini di discrezionalità maggiori nel rispetto delle condizioni, consentendo interventi di sostegno statale più numerosi ed effettivi.

L'argomentazione del Tribunale presenta, tuttavia, un aspetto di criticità che mette in dubbio la coerenza del quadro giuridico sin qui raggiunto. Infatti, l'impostazione a fondamento del Pacchetto Monti, che la Commissione ha desunto dalla sentenza *Altmark*, prevede l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE per quelli interventi statali di compensazione che, non rispettando le condizioni elaborate dalla Corte di giustizia, sono qualificati come aiuti di Stato, dunque un'applicazione successiva ed eventuale della norma del Trattato nell'analisi delle misure statali in oggetto.

Questa soluzione, complessa ma rispettosa del rapporto tra regola generale e norma di deroga quale quello fra l'articolo 87, paragrafo 1, e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE è messa in discussione nella sentenza *BUPA*. Sembra, infatti, che l'affermazione della coincidenza applicativa fra le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE riduca tale norma del Trattato a parametro interpretativo delle condizioni *Altmark*. Senza trascurare che il richiamo, quasi *ad*

abundantiam, del rispetto dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, dopo la verifica della conformità alle condizioni *Altmark*, non pare restituire un ruolo incisivo della norma in questa materia.

In generale, il bilancio sulla chiarificazione delle regole comunitarie applicabili alle compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico rivolte alle imprese incaricate di SIEG, può considerarsi alquanto deludente. Non si va al di là del riconoscimento di un ampio margine di manovra per gli Stati membri.

Ovviamente il ragionamento sin qui svolto è subordinato alla condizione che l'analisi compiuta dal Tribunale nel caso di specie sia valida con riferimento a tutte le attività di SIEG e non sia limitato al settore specifico preso in esame, come pure potrebbe argomentarsi.

La prassi decisionale della Commissione successiva all'intervento normativo del 2005, nei casi presi in esame, conferma, invece, l'impostazione di fondo ricavabile dal pacchetto Monti. Gli interventi statali di compensazione conformi alle quattro condizioni *Altmark* sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Le misure statali non conformi ad almeno una delle citate condizioni sono aiuti la cui compatibilità con l'ordinamento comunitario è valutata nell'ambito di uno scrutinio ulteriore condotto ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Di conseguenza, la Commissione svolge un esame che può articolarsi in due fasi: nella prima si verifica il rispetto delle condizioni *Altmark* nella misura statale in esame; nella seconda fase, eventuale e successiva, avviata a seguito della difformità rispetto alle condizioni *Altmark*, la Commissione considera la possibilità di applicare la deroga posta dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Dalla prassi della Commissione, inoltre, si evidenzia che le condizioni *Altmark* si aggiungono ai criteri che la giurisprudenza ha individuato per qualificare un intervento finanziario statale come aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Per quanto attiene all'interpretazione delle condizioni *Altmark*, non si individuano elementi di chiarificazione del requisito del *benchmarking*, richiesto dalla quarta condizione. Si conferma, tuttavia, come già la dottrina aveva posto in evidenza, che il raffronto con l'impresa media non è riconducibile ai presupposti di

applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, perciò interventi finanziari che prescindono dal riferimento ai costi di un'impresa media sono aiuti giustificabili ai sensi di detta norma del Trattato, conclusione d'altronde già ricavabile dall'esame del Pacchetto Monti.

Permane, dunque, incertezza applicativa sull'esatta portata di tale requisito, considerando che neppure l'ultima pronuncia della Corte di giustizia relativa all'*affaire Chronopost*¹⁷ si è espressa sulle evidenti difficoltà applicative del criterio in esame. Si può, tuttavia, sostenere che gli obiettivi di efficienza non sono del tutto avulsi dall'importanza riconosciuta alla garanzia del servizio pubblico nell'integrazione comunitaria, in quanto funzionali all'obiettivo di assicurare l'accesso a prestazioni di SIEG sempre più rispondenti alle esigenze dei popoli europei.

L'aspetto che in materia sembra essere ormai definito, tanto nell'esame della giurisprudenza quanto nell'esame dell'attività decisionale della Commissione, attiene al riparto di competenze. Agli Stati membri compete, dunque, il potere discrezionale di definire determinate attività economiche come SIEG, mentre alla Comunità spetta un potere di controllo che consente di censurare le scelte statali in caso di errore manifesto, ossia se lo Stato membro ha fatto uso del potere di definizione in modo arbitrario.

Gli organi giurisdizionali e la Commissione, chiamate a pronunciarsi sulla legittimità delle scelte statali in ordine alla definizione di attività come SIEG, concentrano la loro analisi sulla presenza di obblighi di servizio pubblico posti dalle Autorità degli Stati membri in capo alle imprese incaricate di SIEG. Può sostenersi, quindi, che la presenza degli obblighi di servizio pubblico sia il requisito che distingue i SIEG dalle altre attività economiche. Inoltre, tali requisiti sono posti in relazione con le ipotesi di fallimento del mercato, confermando quanto si è sempre sostenuto a livello teorico.

¹⁷ Sentenza del 1° luglio 2008, *Chronopost SA (C-341/06 P), La Poste (C-342/06 P) / Union française de l'express (UFEX), DHL Express (Francia) SAS, Federal express international (Francia) SNC, CRIE SA, Commissione delle Comunità europee, Repubblica francese, cause riunite C-341/06 P. e C-342/06 P.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

La disanima del potere discrezionale degli Stati membri non si spinge sino all'indicazione degli elementi concreti che consentono di individuare un'attività di SIEG all'interno della più ampia categoria dei servizi di interesse generale, tra l'altro oggetto del Protocollo *ad hoc* allegato al Trattato di Lisbona.

In generale, sul tema della definizione dei SIEG si ravvisa la corrispondenza della prassi recente delle istituzioni comunitarie con la volontà degli Stati membri che ha trovato espressione proprio nel Protocollo sui servizi di interesse generale. In detto protocollo, gli Stati membri ribadiscono la loro autonomia nella definizione e organizzazione dei servizi generali, giungendo a qualificare la discrezionalità delle scelte statali in materia di SIEG come uno di valori comuni che ispirano l'attività dell'Unione europea in questo settore.

In conclusione, in relazione all'aspetto più specifico delle condizioni di legittimità delle misure statali di compensazione di imprese incaricate di SIEG, può affermarsi che l'*acquis communautaire* necessita solo di alcune parziali modifiche e non di un ripensamento totale, al fine di superare gli aspetti contraddittori e le difficoltà applicative che si sono poste in evidenza.

Non pare possibile prescindere da un intervento normativo *ad hoc* che completi l'iniziativa normativa della Commissione del 2005 e si faccia carico in special modo di chiarire il rapporto fra le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, fornendo, inoltre, una risposta alle difficoltà legate al rispetto degli obblighi procedurali posti dall'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE rispetto alla garanzia della continuità dei servizi pubblici.

Si tenga conto, in proposito, che il Trattato di Lisbona modifica l'attuale articolo 16 Trattato CE indicando una puntuale base giuridica per l'attuazione dell'obbligo condiviso fra Unione e Stati membri di azioni positive in materia di garanzia della missione di interesse generale che distingue le attività di SIEG. Infatti, il futuro articolo 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che sostituisce il Trattato CE, prevede l'adozione di regolamenti da parte del Parlamento europeo e del Consiglio in base alla procedura legislativa ordinaria per stabilire principi e condizioni, anche finanziarie, che assicurino lo svolgimento dei SIEG nell'Unione. Nelle more dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si deve, comunque, porre in luce che nell'ordinamento comunitario il finanziamento dei SIEG non può

prescindere dal rispetto di un principio di trasparenza nelle relazioni fra Stati membri ed imprese, presupposto per una risposta adeguata alle esigenze della collettività.

Infine, pare altrettanto evidente che l'ordinamento comunitario tutela tanto gli aspetti legati al rispetto delle regole di mercato, quanto quelli legati alla garanzia dei servizi pubblici, senza necessariamente individuare un rapporto di prevalenza degli uni sugli altri, nell'ottica del necessario bilanciamento fra di essi, così come indica il combinato disposto dell'articolo 86, paragrafo 2, e dell'articolo 16 Trattato CE.

È a queste due fondamentali norme del Trattato che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale deve in ogni caso riferirsi.