

Facoltà di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea

Tesi di Laurea in Diritto dell'Unione Europea

**IL FINANZIAMENTO DEI
SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE
NEL DIRITTO COMUNITARIO**

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Angela DEL VECCHIO

CANDIDATO

Luigi Eugenio OLITA

Matricola 072533

CORRELATORI

Chiar.mo Prof. Paolo DE CATERINI

Chiar.mo Prof. Pietro PUSTORINO

ANNO ACCADEMICO 2007/2008

INTRODUZIONE

L'analisi è dedicata allo studio, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, delle condizioni di legittimità degli interventi statali di finanziamento delle imprese incaricate dello svolgimento di servizi di interesse economico generale.

La tematica potrebbe apparire una questione di interesse prettamente tecnico-procedurale, ma in realtà essa pone in luce aspetti fondamentali delle prospettive giuridico-politiche attuali dell'integrazione comunitaria.

I servizi di interesse economico generale (SIEG) grosso modo coincidono con le attività che tradizionalmente i paesi di tradizione giuridica continentale, *in primis* Francia ed Italia, includono nei servizi pubblici economici, ossia in prestazioni poste in essere da enti pubblici o privati al fine di soddisfare esigenze generali della collettività.

Tralasciando gli sviluppi definitivi ed organizzativi che hanno interessato tali categorie di prestazioni negli ordinamenti interni, è chiaro dunque come le attività rientranti in un settore così importante della vita economica e sociale di un paese rappresentino un ambito tradizionalmente riservato alle prerogative degli Stati membri. I servizi pubblici, o meglio i servizi di interesse generale – espressione entrata a far parte dell'ordinamento comunitario in virtù di un recente Protocollo *ad hoc* allegato al Trattato di Lisbona – sia di rilevanza economica sia di carattere prevalentemente sociale, sono parte integrante del rapporto fra il cittadino-utente e le istituzioni, costituendo il presupposto stesso della partecipazione attiva alla vita economica e sociale di un paese.

Si comprende, quindi, l'assenza di interventi in questo settore da parte delle istituzioni comunitarie in una prima fase del processo d'integrazione: la disciplina dei servizi pubblici rientrava nelle competenze tradizionalmente statali e per di più un'eventuale azione degli organi della Comunità avrebbe posto problemi di compatibilità con un principio cardine dell'ordinamento comunitario, quale quello della neutralità del sistema in relazione al regime di proprietà delle imprese esercenti servizi pubblici nei singoli Stati membri.

Tutto ciò, malgrado la presenza nel Trattato, sin dal 1957, di una norma fondamentale: l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE¹.

Come si vedrà, intorno all'interpretazione di tale norma ruota il tema oggetto di indagine, in quanto si prevede a particolari condizioni la possibilità di derogare al diritto comunitario laddove la sua applicazione possa compromettere lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale attribuito dallo Stato membro ad un'impresa operante sul suo territorio. La norma prende in considerazione l'aspetto essenziale che distingue le attività in questione dai servizi economici *tout court*, tra l'altro oggetto di un importante *corpus* di regole comunitarie, ossia l'incapacità del mercato, di cui le regole di concorrenza costituiscono il modulo organizzativo, di provvedere in modo spontaneo al soddisfacimento dell'interesse della collettività cui sono preposti. Di conseguenza, nel caso in cui l'applicazione del diritto comunitario, in particolare delle regole di concorrenza, pregiudichi il raggiungimento della missione di interesse generale, gli Stati membri possono derogarvi. Il Trattato, quindi, sottopone in via generale le attività di SIEG alle regole di concorrenza, ma, laddove l'attuazione dell'interesse generale lo richieda, prevede delle condizioni entro le quali lo Stato membro può intervenire, sottraendo le imprese incaricate di SIEG all'applicazione di queste stesse regole.

L'azione degli organi comunitari per un lungo periodo, comunque, non interessa un settore ritenuto di competenza esclusivamente statale.

Ciò può sostenersi sino a quando anche sulle attività di SIEG non ha iniziato a soffiare quel "*vento liberalizzatore proveniente da Bruxelles*"² che ha animato le istituzioni comunitarie dall'Atto Unico Europeo del 1986 al Trattato di Maastricht del 1992.

In quegli anni, nell'ambito del completamento del mercato comune, la Comunità intraprende un'opera decisiva per aprire settori importanti della vita economica alle regole di concorrenza e alla libertà di circolazione. Dall'intervento della Comunità non sono immuni le attività di SIEG: è nella stagione delle

¹ Articolo 90, paragrafo 2, nella numerazione anteriore al Trattato di Amsterdam.

² Mutuando le parole di G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 726.

liberalizzazioni che il diritto derivato elabora la nozione di servizio universale, nozione che, come si vedrà, è strettamente connessa all'attuazione dell'interesse generale, elemento indispensabile nei SIEG. Nel contempo, la Commissione, con l'avallo della Corte di giustizia, inizia a sindacare la legittimità delle attribuzioni da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, di cui spesso beneficiano le imprese incaricate dell'erogazione di tali tipologie di servizi.

L'attenzione delle istituzioni comunitarie si rivolge alle attività di SIEG, mettendo così in discussione gli interventi posti in essere dagli Stati membri a favore delle imprese esercenti tali attività. Detti interventi statali consistono in trasferimenti finanziari, variamente attuati, cui sono destinatarie le imprese incaricate di SIEG, a compensazione degli obblighi di servizio pubblico che esse sono tenute a rispettare.

A questo punto, le istituzioni comunitarie valutano l'attività degli Stati membri alla luce di un'altra norma del Trattato CE, l'articolo 87, paragrafo 1: gli Stati membri non possono accordare aiuti finanziari a favore di determinate imprese, poiché tali interventi costituiscono benefici in grado di falsare le condizioni di piena concorrenza che devono regolare il mercato unico. In via astratta, anche l'intervento statale di compensazione di cui è destinataria un'impresa incaricata di SIEG può costituire un aiuto vietato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE e deve essere sottoposto al controllo che il Trattato attribuisce alla Commissione nell'ambito dell'*enforcement* di tale divieto.

È dunque sul rapporto fra l'articolo 87, paragrafo 1, e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE che si individuano le condizioni di legittimità del finanziamento delle imprese incaricate di SIEG.

Man mano, però, che la Commissione esamina gli interventi di compensazione nell'ambito della procedura di controllo istituita per assicurare il rispetto del divieto di aiuti di Stato, emerge la consapevolezza del ruolo imprescindibile che i servizi svolgono, al di là del mercato, non soltanto negli Stati membri, ma nell'intero percorso di integrazione comunitaria, sviluppando quella dialettica di valori fra mercato ed interesse della collettività già presente nella *ratio* dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Tale nuova consapevolezza, emersa ovviamente anche a livello politico, trova il suo riconoscimento nel Trattato di Amsterdam, grazie al quale i SIEG entrano a far parte dei valori comuni dell'Unione mediante l'inserimento nel Trattato CE dell'articolo 16. Si introduce così una fonte giuridica ulteriore dedicata ai SIEG nell'impianto del Trattato CE.

La riflessione sulle condizioni di legittimità dei finanziamenti statali alle imprese incaricate di SIEG nasce, quindi, sulla base delle decisioni adottate dalla Commissione in esercizio dei poteri di controllo che il Trattato le attribuisce in materia di aiuti di Stato. Infatti, le prime decisioni adottate dalla Commissione costituiscono i primi passi nel percorso di costruzione dell'*acquis communautaire* sul tema, il cui contributo fondamentale proviene, tuttavia, come è tipico del sistema d'integrazione comunitaria, dal ragionamento giuridico delle Corti di Lussemburgo. Sono le pronunce dei due organi giurisdizionali della Comunità a fornire il quadro giuridico fondamentale entro cui collocare tali peculiari attività degli Stati membri, operazione ermeneutica che si svolge nell'ambito di un confronto istituzionale particolarmente degno di nota. Come accade ben poche volte, l'elaborazione del quadro giuridico in esame scaturisce da un complesso dibattito, non solo, come è consueto, fra la Commissione o gli Stati membri da un lato, e gli organi giurisdizionali dall'altro, ma fra lo stesso Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia, dividendo anche gli Avvocati generali chiamati a pronunciarsi sul tema. Alla base della *querelle* giuridica vi è l'intrinseca complessità e al tempo stesso il dinamismo dell'istituto, aspetti riconducibili al suo collegamento tanto agli interessi legati al rispetto delle regole di concorrenza che fondano il Mercato unico, quanto alle istanze di coesione ed integrazione sociale che le attività di SIEG in ultima analisi soddisfano.

I continui *revirements* giurisprudenziali sulla natura giuridica da attribuire agli interventi di compensazione hanno risvolti non trascurabili all'interno dei rapporti fra le istituzioni comunitarie e gli Stati membri, ponendo in discussione non solo le modalità ma anche l'opportunità stessa dell'intervento dello Stato nell'economia. Tutto ciò avviene mentre le attività di SIEG iniziano ad assumere un ruolo rilevante nell'agenda dell'Unione europea, di cui il riconoscimento dell'accesso ai

SIEG nell'articolo 36 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione è solo la testimonianza più evidente.

La complessità del tema viene dunque affrontata nel contenzioso comunitario. In quest'ottica, le pronunce del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia si fanno carico di individuare soluzioni giuridiche in grado di soddisfare le esigenze di tutti i soggetti comunitari e tuttavia distinte da quell'approccio innovativo, ad un tempo pragmatico e progressista, che ha sempre caratterizzato il modo d'essere della comunità di diritto che da oltre cinquant'anni unisce i popoli europei.

In questo percorso, è interessante rilevare il rapporto fra la Commissione e i due organi giurisdizionali. Si noterà, infatti, come le pronunce del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia trovino un immediato riscontro e accoglimento nell'attività istituzionale svolta proprio dalla Commissione.

L'analisi della legittimità degli interventi finanziari degli Stati membri a sostegno delle imprese esercenti SIEG consente quindi di dare un contenuto a quelle importanti ma piuttosto vaghe nozioni della cittadinanza comunitaria e del Modello sociale europeo, cercando di individuare, nell'attesa dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quale sia il ruolo dei SIEG nelle dinamiche attuali dell'Unione.

Senza trascurare la circostanza che la riflessione si svolge mentre nel contesto internazionale attuale si assiste ad un'improvvisa quanto profonda crisi dei mercati finanziari mondiali, in cui gli interventi degli Stati a sostegno dell'economia e delle imprese appaiono lo strumento preferenziale ed imprescindibile da realizzare. Proprio nel momento in cui è in divenire un processo di ristrutturazione nella loro applicazione³, le regole in tema di aiuti di Stato sono quindi chiamate a fronteggiare nuove sfide ed a costituire un sicuro baluardo per evitare che venga compromesso il bilancio di efficienza e di innovazione che l'Unione ha in gran misura contribuito a sviluppare negli Stati membri.

Il tema del finanziamento dei SIEG e il suo rapporto strumentale con la garanzia dell'interesse generale appare dunque di stringente attualità. Occorre valutare se le

³ Si consideri la comunicazione della Commissione del 7 giugno 2005, *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, COM(2005) 107 def.

regole che la Comunità ha elaborato in materia siano in grado di rispondere alle esigenze di volta in volta emergenti nelle società d'Europa e se costituiscano un complemento decisivo al raggiungimento del progresso economico e sociale dei popoli europei cui l'Unione è rivolta.

Il presente lavoro si articola in tre capitoli.

Il primo è dedicato all'illustrazione della nozione di SIEG attualmente vigente nell'ordinamento comunitario, sulla base dell'interpretazione che la giurisprudenza comunitaria e gli atti della Commissione hanno elaborato in relazione alle due norme del Trattato CE che disciplinano il tema, gli articoli 16 e 86, paragrafo 2. Ciò consentirà di porre in evidenza il riparto di competenze esistente in materia fra gli Stati membri e la Comunità. Particolare attenzione, poi, sarà riservata all'articolo 36 della Carta di Nizza, valutando il significato che essa può avere nel rapporto fra i singoli da un lato, e Stati membri e Comunità dall'altro, in relazione all'accesso ai SIEG.

Inoltre, verranno prese in esame le nuove disposizioni del Trattato di Lisbona che interessano la materia dei SIEG e del loro finanziamento, cercando di enunciare le prospettive innovative che possono profilarsi nell'azione dell'Unione europea all'indomani della sua entrata in vigore.

Il secondo capitolo ripercorre il complesso dibattito che ha portato alla definizione dell'*acquis communautaire* sul tema oggetto di analisi. L'esame si concentrerà sulle pronunce giurisprudenziali del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, valutate alla luce delle opinioni avanzate dagli Avvocati generali e delle interpretazioni che la dottrina comunitaria ha di volta in volta fornito. L'attenzione si concentra in particolare sulla sentenza della Corte di giustizia del 2003 pronunciata sulla base di rinvio pregiudiziale da parte di un giudice tedesco nel caso *Altmark Trans*, decisione che rappresenta non solo un punto di svolta fondamentale nel percorso di individuazione delle condizioni di legittimità delle compensazioni di obblighi di servizio pubblico, ma il vero e proprio *leading case* di tutta l'indagine che si svolge in materia. Si pone, inoltre, attenzione al confronto con una pronuncia della Corte di giustizia dello stesso periodo, la sentenza nel caso *Chronopost*, evidenziando gli aspetti contraddittori e problematici che sembrano emergere da tali giudizi.

L'analisi della sentenza *Altmark* trova complemento nell'illustrazione dell'intervento normativo che la Commissione adotta nel 2005, il cd. « *Pacchetto Monti* » di cui in effetti la pronuncia della Corte di giustizia costituisce la principale chiave interpretativa.

L'*acquis* così ricostruito viene poi esaminato nel terzo capitolo nei suoi aspetti applicativi attuali, riscontrabili nella recente attività delle istituzioni comunitarie. Si analizzeranno, in una prima parte, le ultime sentenze del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, in cui i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati ad applicare le regole comunitarie in tema di finanziamento statale di imprese incaricate di SIEG, cercando di evidenziare gli aspetti chiari ed i nodi irrisolti nella disciplina. In una seconda parte, invece, si prende in esame l'applicazione del quadro giuridico complessivo desumibile dalla pratica decisionale della Commissione, analizzando alcune delle decisioni più recenti, emanate successivamente all'intervento normativo del 2005. L'analisi casistica, tanto della giurisprudenza comunitaria quanto della pratica decisionale della Commissione, consentirà di porre in luce lo stato dell'arte e le tendenze attuali in materia.

CAPITOLO I
IL «NUOVO» REGIME GIURIDICO
DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG)
NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO.

1. Considerazioni preliminari.

Nell'ordinamento comunitario non è presente la nozione di servizio pubblico. Tale nozione è stata elaborata in special modo nella tradizione giuridica francese e caratterizza tutti gli ordinamenti nazionali cosiddetti "a diritto amministrativo"⁴, come quello italiano.

L'ordinamento comunitario contempla, invece, la nozione di servizio d'interesse economico generale (SIEG) negli articoli 16 e 86, paragrafo 2, Trattato CE.

L'articolo 16 è introdotto nel Trattato CE con il Trattato di Amsterdam, la disposizione corrispondente all'articolo 86, paragrafo 2, è presente sin dal Trattato di Roma⁵. Un mero riferimento testuale al servizio pubblico si ritrova in materia di aiuti nel settore dei trasporti all'articolo 73 Trattato CE.

Sebbene il concetto sia presente, non vi è alcuna definizione di SIEG nel Trattato. La ricostruzione della nozione passa per l'esame della giurisprudenza comunitaria e degli strumenti vincolanti e non adottati dalle istituzioni comunitarie⁶.

⁴ Si tratta degli ordinamenti della tradizione giuridica di *civil law*, caratterizzati dalla presenza di un *corpus* normativo distinto dal diritto comune per disciplinare il rapporto tra la Pubblica Autorità ed i privati cittadini. Utilizzano questa espressione, tra gli altri, A. TAMBURRANO, A. VALLETTA *I servizi di interesse economico generale* in G. CASSANO, R. MARRAFFA (sotto la direzione di), P. CENDON (a cura di) *La concorrenza*, 2005, Torino, p. 473.

⁵ Il Trattato di Lisbona riconferma l'impianto normativo emerso a partire dal Trattato di Amsterdam, ma introduce varie novità, come si vedrà *infra* al par. 5.

⁶ In particolare, la Commissione ha adottato, a partire dagli anni Novanta, vari atti di valore interpretativo sul tema, che recepiscono i principi emersi nella giurisprudenza comunitaria e le sollecitazioni provenienti dal dibattito delle istituzioni politiche comunitarie e indicano le linee di intervento in questo settore e l'orientamento in materia della Comunità: la comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (1996) 281, fin.; la comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (2001) 17, fin.; la relazione al Consiglio Europeo di Laeken, doc. COM (2001) 598, fin. *I servizi di interesse generale*; il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, *I servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270, fin.; il Libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse generale, doc. COM (2004) 374 fin.; la comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, doc. COM (2007) 725 fin.

Ancora prima di giungere ad enucleare tale nozione, occorre porre in luce il suo carattere flessibile e dinamico: l'effettivo significato è legato al continuo bilanciamento di valori ad essa sottesi ed alle esigenze economiche e sociali cui l'ordinamento comunitario va incontro.

In linea generale, i SIEG vengono definiti come attività consistenti nella prestazione di beni e servizi in un dato mercato, attività economiche quindi ma collegate funzionalmente all'interesse generale, un interesse della collettività nel suo complesso che porta ad imporre determinati obblighi al suo fornitore, definiti obblighi di servizio pubblico.

Tali servizi costituiscono una sottocategoria nell'ambito della più ampia nozione, attualmente non presente nel diritto primario⁷ né nel diritto derivato ma ricorrente nella prassi e nel dibattito degli operatori e della dottrina, di servizi d'interesse generale, indicante tutti quei servizi forniti nell'interesse generale, a prescindere dalla loro natura economica, come ad esempio i servizi sociali.

2. La concezione comunitaria dei SIEG vs. la concezioni nazionale dei servizi pubblici?

La nozione di SIEG è autonoma rispetto a quelle attività che con varie modalità organizzative possono essere inserite nella categoria del servizio pubblico propria degli ordinamenti nazionali⁸.

Gli Stati membri, consapevoli delle differenze tra i propri ordinamenti giuridici ma anche di mentalità sul tema, optarono, sin dall'inizio del processo d'integrazione europea, per una nozione distinta, anche a livello lessicale, da quelle in vigore nei rispettivi ordinamenti interni, lasciando un riferimento testuale al servizio pubblico, come detto, solo nell'articolo 73 Trattato CE⁹.

⁷ Si parla di servizi d'interesse generale nel Protocollo n. 9 annesso al Trattato di Lisbona, esaminato *infra*, par. 5.

⁸ Come pone in evidenza, tra gli altri, E. BERGAMINI, *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell'Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, pp. 3-4.

⁹ L'articolo 73 Trattato CE recita: «Sono compatibili con il presente trattato gli aiuti richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio.»

Questa scelta si è rivelata positiva: l'ordinamento comunitario ha mutuato gli aspetti più significativi delle concezioni tratte dagli ordinamenti interni e li ha fusi giungendo ad una nozione ed a soluzioni normative originali, rivolte al perseguimento del benessere economico e sociale, realizzato dall'equilibrio fra concorrenza e solidarietà su cui poggia l'istituto in esame.

Si può condividere l'approccio seguito dalla Commissione nel libro verde del 2003¹⁰ teso all'individuazione degli elementi comuni dei SIEG: da tale documento, seppur nell'impossibilità di identificare una definizione unica e completa, emerge quanto meno l'esistenza di una concezione comunitaria sul tema.

La concezione comunitaria dei SIEG è frutto di un processo sviluppatosi negli anni, alla cui base vi sono istanze politiche ma anche gli approcci originali e nuovi della Comunità all'economia ed alla società. Necessariamente Comunità e Stati membri si sono dovuti confrontare con le esperienze nazionali sul tema e di tale confronto, come si vedrà, rimane traccia in disposizioni dal contenuto compromissorio - quali gli articoli 16 e 86, paragrafo 2, del Trattato CE - che comportano un maggiore sforzo interpretativo e quindi difficoltà applicative e di coordinamento con le discipline di altri settori di competenza comunitaria.

La concezione che la Comunità non poteva senza dubbio trascurare¹¹ è quella del *service public*, elaborata nell'esperienza giuridica francese, ma presente e viva anche negli altri ordinamenti di diritto amministrativo come quello italiano, belga, tedesco.

Il *service public* è una delle missioni dello Stato, uno dei suoi fondamenti, in quanto realizza quel dovere di solidarietà sociale di cui esso è investito nei confronti dei cittadini. Ciò porta all'elaborazione di un *corpus* normativo, rientrante nel diritto costituzionale e nel diritto amministrativo, in cui si prevedono i requisiti di tali attività: continuità, uguaglianza nel trattamento degli utenti e

¹⁰ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 *I servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270, fin., par. 3.

¹¹ Gli Stati membri eredi di questa tradizione, in particolare la Francia, non hanno mancato di ribadire la necessità che la Comunità si adeguasse a tale concezione, come è accaduto in relazione all'elaborazione dell'articolo 16 Trattato CE in seno alla conferenza intergovernativa che ha condotto al Trattato di Amsterdam. Cfr. *infra* par. 4.2.

adattabilità.¹² Le autorità pubbliche, in quanto interpreti dell'interesse generale, sono incaricate della individuazione e della gestione di tali attività a servizio dei cittadini, cui, nello specifico, si applicherà dunque un corpo distinto di regole, che fanno parte del diritto amministrativo, derogatorio rispetto all'autonomia privata del diritto comune.

L'esperienza italiana grosso modo si modella su quella francese. Soffermandosi soltanto sull'aspetto dell'erogazione dei servizi pubblici, l'esperienza italiana è stata caratterizzata dal frequente ricorso a forme di imprenditorialità in mano pubblica, modalità organizzative che hanno trovato un riconoscimento nel terzo comma dell'articolo 41 della Costituzione¹³.

L'altra tradizione cui la Comunità doveva riferirsi era quella degli ordinamenti di *Common Law*, quindi l'esperienza del Regno Unito. L'approccio britannico¹⁴ era concentrato sull'aspetto della regolamentazione del mercato: occorre assicurare determinate prestazioni su tutto il territorio ed a condizioni abbordabili, non necessariamente individuando un corpo speciale di regole derogatorie, come avviene nei paesi a diritto amministrativo. I valori della solidarietà e del *welfare* trovavano espressione nel dibattito politico che dava luogo ad iniziative governative specifiche. L'esperienza britannica, inoltre, dal punto di vista degli aspetti organizzativi, si connota per il passaggio da iniziali modelli di gestione in monopolio ad interventi di massiccia liberalizzazione e privatizzazione.

La Comunità dunque aveva dinanzi a sé almeno due differenti visioni, in cui potevano classificarsi le esperienze nazionali, entrambe ritenute in grado di raggiungere gli stessi obiettivi, per dare sostanza alla nozione di SIEG.

La soluzione è stata originale ed è consistita nella valorizzazione della posizione di equilibrio che emerge dal testo dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE: da un lato, l'obiettivo di un mercato efficiente, perseguito attraverso l'applicazione delle regole di concorrenza al settore dei SIEG, e, dall'altro, l'interesse generale alla

¹² Queste regole sono note come *Lois de Roland: égalité, continuité, adaptation continue*. Si noti l'affinità con gli obblighi di servizio pubblico riferiti *infra* par. 7.

¹³ Si considerino su tale aspetto A. TAMBURRANO, A. VALLETTA, *I servizi di interesse economico generale* in G. CASSANO, R. MARRAFFA (sotto la direzione di), P. CENDON (a cura di) *La concorrenza*, 2005, Torino, pp. 476-477.

¹⁴ Sul tema T. PROSSER *Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?*, in *European Public Law*, 2005, p. 546 ss.

solidarietà e giustizia, ottenuto mediante l'applicazione delle condizioni di deroga previste e disciplinate dalla stessa norma.

Non può quindi sostenersi l'esistenza di un dissidio fra la concezione comunitaria dei SIEG e le concezioni degli ordinamenti nazionali in tema di servizi pubblici. Si può affermare piuttosto l'esistenza di un rapporto al tempo stesso di autonomia ed integrazione fra le due concezioni.

Di conseguenza i SIEG, sebbene traggano origine dalle esperienze nazionali sul tema, costituiscono una nozione propria del diritto comunitario di cui ne deve essere affermata l'autonomia. In questa luce può ben condividersi la caratterizzazione, proposta da attenta dottrina, del rapporto fra SIEG e servizi pubblici nazionali in cui il concetto comunitario dei SIEG si pone come un *maximum standard* che gli Stati membri devono rispettare¹⁵.

D'altro canto tale rapporto richiede il necessario rispetto da parte della Comunità delle specifiche tradizioni e realtà nazionali emerse sul tema¹⁶.

È su tale equilibrio che si pongono le basi del modello europeo di società che si vuole portare a compimento¹⁷, il cui filo conduttore pare rintracciarsi nella tutela delle posizioni dei singoli, degli *EU Nationals*, cui si sta dando decisivo impulso, come si vedrà, nella costruzione della cittadinanza comunitaria¹⁸.

¹⁵ Questa notazione è espressa da J. L. BUENDIA SIERRA, *An Analysis of Article 86(2) EC* in M. SANCHEZ RYDELSKI (a cura di) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, 2006, Londra, p. 549. L'A. sottolinea come tale concezione eviti abusi e distorsioni del funzionamento del mercato da parte degli Stati membri, impedendo interventi da parte di questi ultimi *ex art. 86, par. 2, Trattato CE*, basati su di un'ampia definizione di servizio pubblico, con la sola finalità di accordare protezione e vantaggi a determinati operatori economici.

¹⁶ Questo aspetto emerge oggi con chiarezza nel Protocollo n. 9 allegato al Trattato di Lisbona: l'articolo 1, infatti, stabilisce che il rispetto delle specificità nazionali fa parte dei valori comuni dell'Unione in tema di SIEG. Si veda *infra* par. 6.

¹⁷ Cfr. Libro bianco, par. 2.1.

¹⁸ Come suggerisce anche M. ROSS, in *The Europeanization of Public Service Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 303-319.

3. Linee evolutive dell'approccio comunitario ai SIEG, tra regole di mercato e solidarietà.

Il concetto di SIEG è evolutivo e dinamico per sua stessa natura. Tale caratteristica dell'istituto è dovuta all'assenza di una definizione nelle norme del Trattato che lo disciplinano, ma anche, e forse in special modo, al suo intrinseco rapporto dialettico con l'insieme degli obiettivi e dei valori che orientano il sistema comunitario.

Già nelle linee generali della sua definizione, su cui si può dire raggiunto un consenso generalizzato tanto negli atti delle istituzioni comunitarie quanto nelle opinioni dei vari commentatori, emerge che il SIEG si muove attorno a due poli: è un'attività economica, che pertanto si svolge nel mercato e secondo le sue regole, ma è anche un'attività che assolve ad un interesse, ad un bisogno della collettività e che quindi richiede un intervento dell'autorità pubblica affinché tale interesse generale venga raggiunto.

La prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, così come l'attività della Commissione che si conforma agli indirizzi dei due organi giurisdizionali, nel verificare se una determinata attività possa rientrare in questa nozione, hanno evidenziato i requisiti e gli elementi che la costituiscono. Più precisamente è sull'interpretazione dell'articolo 86 Trattato CE, ed in misura minore dell'articolo 16 Trattato CE¹⁹, che si è riempita di contenuto la nozione di SIEG.

In estrema sintesi, prima di passare ad un esame dettagliato della norma, va detto che l'articolo 86 paragrafo 2, Trattato CE sottopone le imprese incaricate della gestione di SIEG – e quelle che operano in regime di monopolio fiscale - alle norme del Trattato, in particolare alle regole di concorrenza, nella misura in cui tali norme non ostacolano lo svolgimento di tali attività. Pertanto, la prestazione di SIEG è normalmente sottoposta alle regole comunitarie sulla concorrenza, salva

¹⁹ La norma dell'articolo 16 Trattato CE, introdotta nel 1997 con il Trattato di Amsterdam, viene da molti considerata una conferma di quanto affermato sulla base dell'articolo 86, par. 2, Trattato CE. Tale aspetto è sicuramente presente nel significato dell'articolo 16, ma occorre porre in luce gli innegabili aspetti innovativi introdotti da tale norma nel sistema comunitario. Il tema è sviluppato *infra*, par. 4.

l'applicazione di dette deroghe. Di conseguenza, precisando il rapporto tra la nozione di SIEG e di servizi di interesse generale, solo i SIEG, che come si è detto consistono in attività economiche, rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza²⁰.

I SIEG, infatti, come già accennato, rappresentano un punto di equilibrio tra l'ottica del mercato e dell'applicazione del *corpus* normativo della concorrenza, da una parte, e quella della solidarietà e dell'interesse generale, e quindi l'obiettivo del soddisfacimento delle esigenze della collettività, dall'altra. In tale ultimo ambito spicca il ruolo della “*coesione sociale e territoriale*” cui fa riferimento l'articolo 16 Trattato CE.

Questo incontro-scontro di valori nella disciplina dell'istituto non è l'unico. Il rapporto mercato-solidarietà, che dal versante della teoria economica allude al rapporto fra concorrenza pura e *market failure*, si riflette ancora nella dialettica e nel riparto di competenze fra Comunità e Stati membri e quindi tra obiettivi di integrazione e di armonizzazione e logiche di affermazione dell'interesse nazionale²¹.

Si consideri, inoltre, che il rapporto fra autorità comunitarie e nazionali non si esaurisce soltanto a livello normativo, ma è foriero di risvolti pratici nella vita dei soggetti comunitari, come meglio si evidenzierà in relazione all'aspetto più specifico del finanziamento statale dei SIEG.

Tutto il tema coinvolge considerazioni sulla natura, qualità e quantità dell'intervento dei Pubblici Poteri nell'economia, sulla costituzione economica dell'Unione europea e degli Stati membri, sugli obiettivi e sui limiti delle scelte di politica economica ed infine sull'effettivo contenuto dei diritti di cittadinanza nell'ordinamento comunitario e quindi sul grado attuale di integrazione politico – giuridica fra i paesi europei.

²⁰ Ciò viene esplicitato anche negli atti interpretativi della Commissione, esaminati *infra* al par. 7.

²¹ Può anche considerarsi lo spunto per valutare l'eventuale elaborazione di una nuova concezione delle competenze statali dinanzi all'integrazione comunitaria. Per una considerazione di questa prospettiva, in un quadro più generale legato ai mutamenti della comunità internazionale attuale, si veda A. DEL VECCHIO, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione*, 2003, Milano, in particolare pp. 1-22.

È possibile riscontrare proprio nell'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE un'evoluzione che rispecchia la dialettica di valori che costituisce lo sfondo su cui operano le norme in tema di SIEG e del loro finanziamento.

Infatti, il rapporto fra la tutela della concorrenza e l'attenzione alle istanze di natura sociale, implicita nell'interesse generale che compone la nozione di SIEG, si è costruito nel tempo, seguendo il processo di integrazione delle Comunità europee.

3.1. La presunzione di legittimità dei monopoli *ex* articolo 86, paragrafo 1, Trattato CE.

Alle origini del percorso comunitario l'obiettivo era quello dell'integrazione dei mercati dei sei Paesi Fondatori: la costruzione del Mercato comune, obiettivo in linea con il sistema di integrazione economica regionale costituito dalle tre Comunità Europee (CEE – CECA - EURATOM). In questa fase scarsa considerazione, se non indifferenza, veniva riservata all'aspetto sociale dell'integrazione²².

L'integrazione dei mercati mirava a realizzare l'unità tra i popoli europei sulla base del benessere economico, unica soluzione per scongiurare lo spettro di nuovi conflitti armati.

Si osserva così, per lo meno fino all'Atto Unico Europeo del 1986, un atteggiamento di indifferenza delle Autorità Comunitarie nei confronti del settore dei servizi pubblici, teso a valorizzare la discrezionalità degli Stati membri²³. Questo indirizzo emerge in relazione alla valutazione della compatibilità con il sistema comunitario delle norme statali attributive di diritti speciali od esclusivi, situazione disciplinata dal paragrafo 1 dell'articolo 86, in cui si prevede che gli Stati membri sottopongano le imprese pubbliche e le imprese titolari appunto di

²² Seppure, sin dal 1957, fossero presenti gli articoli 86 (*ex* articolo 90) e 73 (*ex* articolo 77) nel Trattato CEE.

²³ Secondo G. TESAURO, *L'intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE in Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, pp. 719-720, il sistema comunitario è caratterizzato da "armonia ridotta", almeno sino al Trattato di Maastricht, in quanto, per mantenere una posizione neutrale tra l'opzione liberista e quella interventista, accanto alla previsione puntuale del mercato comune e della concorrenza, comprende anche il mantenimento delle scelte di politica economica in capo agli Stati membri.

diritti speciali ed esclusivi alle norme del Trattato, senza alcuna disposizione di privilegio o di esenzione per tali categorie d'impresie rispetto alle altre.

Ciò si collega all'analisi dell'articolo 86, paragrafo 2, poiché l'erogazione delle attività qualificabili come SIEG è tradizionalmente avvenuta tramite imprese che agivano in condizioni di monopolio, *i.e.* imprese cui sono attribuiti diritti speciali ed esclusivi, o comunque tramite imprese pubbliche. Pertanto l'applicazione della deroga alla concorrenza *ex* articolo 86, paragrafo 2, nei casi che sono stati portati all'attenzione della Corte di Giustizia, è stata posta in relazione con una preliminare interpretazione dell'articolo 86, paragrafo 1, Trattato CE. È proprio da questi casi che si desume l'atteggiamento di neutralità della Comunità, volto a non sindacare politiche statali di carattere interventista, quali la presenza di monopoli pubblici di servizi. Si afferma dunque una lettura dell'articolo 86, paragrafo 1, Trattato CE che ritiene legittima l'esistenza e la creazione dei monopoli in quanto presupposti da tale norma. La valutazione della compatibilità al Trattato, e quindi il controllo della Comunità, deve, in base a questa interpretazione, concentrarsi sull'esercizio dei diritti speciali ed esclusivi attribuiti dagli Stati membri ad alcune imprese. È la soluzione che la Corte di giustizia propone nel caso *Sacchi* del 1974²⁴.

3.2. L'inversione della presunzione di legittimità: SIEG e liberalizzazioni.

Un cambiamento di rotta si registra proprio a partire dall'Atto Unico Europeo, sulla base del quale, dopo aver constatato che il Mercato Comune era ben lungi dall'essere realizzato, gli organi comunitari intraprendono una decisiva attività a favore del raggiungimento di questo obiettivo²⁵, dando compiuta realtà alle quattro libertà di circolazione e soprattutto alle regole di concorrenza.

Con l'Atto Unico Europeo, invero, inizia la fase delle liberalizzazioni che prosegue con ritmi e risultati diversi a seconda delle attività da liberalizzare, per

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, *Sacchi*, causa C-155/73, in *Raccolta*, 1974, p. 409, punto 14. La Corte si pronuncia a favore della legittimità dei diritti esclusivi attribuiti dallo Stato italiano alla RAI. Secondo G. TESAURO, *L'intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, cit. p. 725, la lettura della Corte di giustizia nel caso *Sacchi* è debole, espressione di una disarmonia di fondo del sistema comunitario, cui si fa cenno in nota precedente.

²⁵ Il termine viene fissato al 1 gennaio 1993.

tutti gli anni Novanta: ampi settori della vita economica, tradizionalmente organizzati secondo il modulo del monopolio pubblico o comunque sottratti ad un'applicazione delle regole del libero mercato con la concessione di diritti speciali o esclusivi, vengono gradualmente aperte alla concorrenza ed alla libera circolazione²⁶.

La Comunità cambia atteggiamento nei confronti delle attività gestite in monopolio, mutamento di prospettiva che viene avallato dalla Corte di giustizia, la quale indica un'interpretazione restrittiva e *market oriented* dell'articolo 86 Trattato CE: occorre esaminare la legittimità dell'attribuzione da parte degli Stati membri di diritti speciali ed esclusivi, non potendo più presumersi la loro compatibilità al sistema del Trattato²⁷.

Siffatti interventi della Comunità hanno suscitato non poche resistenze negli Stati membri, che percepivano un'eccessiva ingerenza in un ambito tradizionalmente di competenza statale²⁸.

La Corte di giustizia, poi, applica questo nuovo indirizzo giurisprudenziale in relazione a posizioni di abuso dominante delle imprese destinatarie di interventi

²⁶ La fase di liberalizzazione si è accompagnata, in molti ordinamenti nazionali come in Italia, ad interventi di privatizzazione, variamente attuati: in linea di massima tali interventi hanno ad oggetto la riduzione delle partecipazioni statali nelle attività imprenditoriali, che spesso raggiungevano la dimensione di grandi gruppi industriali. Il dibattito giuridico-economico individua in questi anni il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore («*Regulatory State*»). Un riferimento a tale nozione, nella disciplina attuale dei SIEG, anche nel Libro bianco della Commissione, par. 5.

²⁷ L'esempio più significativo si riscontra nell'adozione da parte della Commissione sulla base dell'articolo 86, par. 3, Trattato CE delle direttive di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni (Direttiva 88/301/CEE della Commissione del 16 maggio 1988 relativa alla concorrenza sui mercati di terminali di telecomunicazioni – cd. *direttiva terminali* - e Direttiva 90/388/CEE della Commissione del 28 giugno 1990 relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazione). In particolare, la cd. *direttiva terminali* prevedeva che gli Stati membri che avevano istituito diritti speciali o esclusivi nel settore dei terminali di telecomunicazioni provvedessero ad abolirli. La Francia impugna la direttiva ex articolo 230 Trattato CE e, facendo riferimento alla giurisprudenza *Sacchi*, ne contesta la legittimità ritenendo che la Commissione avesse esorbitato dai suoi compiti di vigilanza ex articolo 86, par. 3, Trattato CE nel disporre la soppressione di diritti esclusivi, il cui mantenimento doveva, invece, ritenersi legittimo ai sensi dell'articolo 86, par. 1, Trattato CE. La Corte di giustizia non accoglie gli argomenti dello Stato francese e ritiene legittimo l'atto impugnato poiché, sebbene l'articolo 86, par. 1, Trattato CE consenta l'attribuzione di diritti speciali od esclusivi, non consegue che tali diritti siano sempre compatibili con l'ordinamento comunitario. In caso di contrasto con le regole comunitarie, i diritti speciali od esclusivi eventualmente attribuiti da uno Stato membro vanno pertanto aboliti. (Sentenza della Corte del 19 marzo 1991, *Repubblica Francese contro Commissione*, causa C-202/88, in *Raccolta*, 1991, p. 1223, punto 22).

²⁸ Si tenga conto che nell'impugnazione della cd. *direttiva terminali*, la Francia fu appoggiata da Italia, Belgio e Germania.

statali attributivi di diritti speciali ed esclusivi, conducendo il suo scrutinio sulla base del combinato disposto dell'articolo 86 e dell'articolo 82, Trattato CE²⁹.

L'interpretazione *market oriented* dell'articolo 86 Trattato CE è sostenuta dal convincimento che l'efficienza allocativa e le migliori garanzie per cittadini ed imprese siano da rintracciarsi nel libero gioco concorrenziale con delle eccezioni minime a tale approccio generale³⁰.

Il processo di liberalizzazione interessa il settore dei pubblici servizi che, come già accennato, erano per lo più erogati dagli Stati membri con l'istituzione di regimi monopolistici o comunque regimi non improntati all'integrale rispetto delle regole di mercato. L'impulso alla liberalizzazione proveniente dalla Comunità è richiesto, d'altronde, anche dall'evoluzione tecnologica e dalla crescente internazionalizzazione dell'economia, fattori che mostrano l'inadeguatezza dei moduli di gestione tradizionali dei servizi generali in termini di efficienza ed aderenza alla domanda degli utenti-clienti.

Gli interventi di liberalizzazione affrontano una serie di problematiche nei settori interessati³¹, quali la soluzione al problema della duplicabilità delle reti tramite cui gran parte di tali attività si svolgono (si consideri ad esempio la distribuzione di energia elettrica) e le modalità di accesso alla rete di nuovi operatori, la posizione

²⁹ Si consideri l'analisi di V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, pp. 46-47. L'Autrice sottolinea che dall'esame delle pronunce della Corte non emerge un vero e proprio divieto di attribuzione di diritti speciali o esclusivi ma un divieto di un esercizio abusivo degli stessi, contrario alle regole della concorrenza, distinguendo tra i casi di abuso necessario o inevitabile dovuto al quadro giuridico creato dallo Stato membro in cui vi è responsabilità solo per quest'ultimo, dal caso in cui per aversi un abuso vietato dal Trattato, in relazione all'attribuzione di diritti speciali od esclusivi da parte dello Stato, è necessario un comportamento autonomo dell'impresa in contrasto con le regole di concorrenza. In tale ultimo caso vi sarà responsabilità per l'impresa. La stessa analisi si rinviene in P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pp. 385-386.

³⁰ Si legge nella Comunicazione della Commissione del 1996 su *I servizi di interesse generale in Europa*, cit., punto 15: «Il mercato è visto come l'unico sistema per raggiungere l'efficienza allocativa e l'effettività nella fornitura dei servizi, che consentono al consumatore, individuato come il beneficiario principale, di ottenere una migliore qualità ad un prezzo più basso». Tale visione porta a parlare di politiche di concorrenza strumentale o *workable competition*. Su tale nozione si veda, tra gli altri, G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 292 ss.

³¹ La liberalizzazione ha riguardato i settori delle telecomunicazioni, settore che è ritenuto da molti quello in cui tale processo ha avuto attuazione integrale; del trasporto aereo; dei servizi postali; della produzione e distribuzione dell'energia elettrica; del gas naturale. Per quanto attiene al settore dei trasporti, la differenza con gli altri settori è legata alla base giuridica utilizzata: l'art. 70 e ss. per i trasporti, l'art. 95 Trattato CE, che consente l'adozione di misure di armonizzazione delle legislazioni per l'attuazione del mercato interno, per gli altri settori summenzionati.

degli *ex* monopolisti; la posizione giuridica degli utenti-clienti, il ruolo delle amministrazioni nazionali, l'individuazione di garanzie per il perseguimento degli interessi generali che emergono nello svolgimento di tali attività.

In questo modo la stagione delle liberalizzazioni conduce inevitabilmente ad una fase di ripensamento e di ristrutturazione delle modalità organizzative dei servizi pubblici negli Stati membri.

Questa impostazione viene confermata nel 1992 con il Trattato di Maastricht in cui l'obiettivo del mercato e della libera concorrenza si fa sempre più emergente e la Comunità viene dotata di nuovi strumenti per la realizzazione di tale obiettivo³².

3.3. Il contemperamento fra la tutela della concorrenza e le esigenze di interesse generale: la riscoperta dell'articolo 86 paragrafo 2 e l'introduzione dell'articolo 16 nel Trattato CE.

Proprio nel momento in cui il principio della tutela della concorrenza pare intangibile, iniziano ad osservarsi degli elementi di apertura verso un approccio delle istituzioni comunitarie non più soltanto *market oriented*, ma ispirato ad una considerazione più attenta di tutte le esigenze sottese alla norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Indicative di questa nuova fase sono le pronunce della Corte di Giustizia relative ai casi *Corbeau*³³ e *Comune di Almelo*³⁴.

Per quanto attiene alla questione del monopolio la Corte di giustizia segue l'indirizzo recente per cui non vi è nel Trattato una presunzione di legittimità di tali istituti ma occorre una valutazione caso per caso della sua compatibilità al sistema; tuttavia, quest'analisi, ed è questo l'aspetto innovativo, viene condotta

³² Si consideri in particolare l'art. 3 A (attuale art. 4) Trattato CE in cui si stabilisce che l'azione della Comunità e degli Stati membri si fonda sul mercato interno, basato sui principi dell'economia di mercato e della libera concorrenza. Inoltre con il Trattato di Maastricht si introducono nel Trattato CE nuove aree d'intervento per la Comunità connesse alla prestazione di SIEG: il Titolo XIV (Protezione dei consumatori), il Titolo XV (Reti transeuropee), il Titolo XVII (Coesione economica e sociale).

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 1993, *Corbeau*, causa C-320/91, in *Raccolta*, p. I-2533.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 1994, *Comune di Almelo*, causa C-393, in *Raccolta*, p. I-483.

mediante una lettura congiunta dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 86 Trattato CE³⁵. Ciò significa che la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono legittimi solo rispetto ad imprese che effettivamente svolgono un ruolo di interesse generale perché incaricate di un'attività di SIEG e solo nella misura in cui le limitazioni alla concorrenza siano strettamente funzionali all'assolvimento della missione di interesse generale che afferisce all'attività di SIEG considerata.

In entrambe le pronunce, emblematiche di un approccio maggiormente pragmatico e significative, come si vedrà, anche per l'individuazione delle caratteristiche delle attività di SIEG e per le indicazioni in tema di modalità di finanziamento di tali attività, si dettano condizioni meno restrittive, più rispettose della discrezionalità statale per il raggiungimento dell'interesse generale in vista dell'applicazione della deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Infatti, la Corte di giustizia afferma che le misure di deroga alla concorrenza possono essere applicate per consentire che l'impresa incaricata operi in condizioni di equilibrio economico³⁶. Questa lettura³⁷ è più attenta al ruolo svolto dall'interesse generale e quindi il mercato non è più solo l'unica prospettiva³⁸.

Un punto di svolta viene tracciato nel 1997 con il Trattato di Amsterdam: si inserisce l'articolo 16 nel Trattato CE. La liberalizzazione prosegue ma i SIEG acquistano una nuova legittimazione nell'azione e nell'ordinamento comunitari. Si ha una decisa valorizzazione del ruolo dei SIEG per il raggiungimento della coesione sociale nell'ambito di applicazione dei Trattati. Inoltre, i SIEG ricevono un'esplicita consacrazione politica quando si afferma che essi fanno parte dei valori comuni dell'Unione, demandando tanto all'Unione quanto agli Stati membri

³⁵ Sentenza *Corbeau*, cit. punti 11-13. L'aspetto di novità della sentenza *Corbeau* nella sua valutazione complessiva della deroga alla concorrenza fondata su una lettura congiunta dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 86 Trattato CE è posta in rilievo da G. TESAURO, *L'intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE* in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 735 ss. e tale analisi è esplicitata dallo stesso A. in *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, p. 784.

³⁶ Cfr. sentenza *Corbeau*, cit. punto 13; sentenza *Comune di Almelo*, cit. punti 33 e 46-50.

³⁷ In senso conforme J. J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 664 ss. Per l'A., infatti, i vari *revirements* giurisprudenziali, in un contesto normativo invariato, sono da ascrivere all'evoluzione dell'integrazione economica e politica della Comunità: neutralità nel caso *Sacchi*, stabilimento del mercato interno nel caso *Terminali* e bilanciamento fra concorrenza e interessi generali in *Corbeau*.

³⁸ P. MANZINI, in op. cit., p. 395-396, mette in luce che questo sviluppo interpretativo non contrasta con lo spirito delle regole comunitarie della concorrenza in quanto esse, nell'assicurare un mercato efficiente, tutelano i soggetti economicamente più deboli.

il compito di provvedere affinché tali servizi siano svolti in modo tale che la missione d'interesse generale che li caratterizza venga adempiuta.

Nel 2000 una disposizione di analogo contenuto viene inserita nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁹ all'articolo 36: si riconosce l'accesso ai servizi di interesse economico e generale previsto da legislazioni e prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea.

Si tratta ora di esaminare le condizioni di applicazione e il significato che queste norme⁴⁰ hanno avuto nell'attività delle istituzioni comunitarie, considerando le pronunce dei due organi giurisdizionali, i pareri resi dagli Avvocati generali, gli atti di *hard* e *soft law* adottati dagli organi politici.

Si cercherà di illustrare il punto di equilibrio attuale raggiunto fra concorrenza e solidarietà nella costruzione della nozione di SIEG, anche alla luce delle prospettive che emergono in relazione alle novità introdotte in materia dal Trattato di Lisbona, considerazioni preliminari alla ricostruzione delle regole che l'ordinamento comunitario dedica al tema più specifico oggetto di analisi del finanziamento dei SIEG da parte degli Stati membri. Ciò è funzionale anche all'enucleazione del contenuto attuale di ciò che è definito modello sociale europeo⁴¹, di cui i SIEG indiscutibilmente fanno parte.

³⁹ Proclamata in occasione del Consiglio Europeo di Nizza dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione a nome delle rispettive istituzioni di appartenenza il 7 dicembre 2000 e pubblicata in *GUCE* del 18 dicembre 2000, serie C 364, p.

⁴⁰ Per quanto attiene all'articolo 36 della Carta di Nizza si consideri sin d'ora il suo valore interpretativo e non vincolante. *Amplius infra* par. 5.

⁴¹ È ricorrente il riconoscimento del ruolo dei SIEG nella costruzione del modello sociale europeo nei vari atti di indirizzo adottati dalla Commissione, ad es. nel Libro Bianco al par. 4 si parla di "*uno dei pilastri del modello Europeo di società*". La nozione di modello sociale europeo è ricorrente nel dibattito istituzionale ma una sua definizione esaustiva è piuttosto incerta. Una definizione è presente nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Nizza del 7, 8, 9 dicembre 2000 (Allegato I, parr. 1.1., 1.2). Il Consiglio europeo individua il modello sociale europeo nell'*acquis communautaire* in tema di libera circolazione dei lavoratori, parità fra uomini e donne nella vita professionale, salute e sicurezza delle condizioni di lavoro, e di lotta ad ogni forma di discriminazione. Per maggiori considerazioni sul tema, si veda G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, pp. 3 ss.

4. Le fonti del Trattato CE in tema di SIEG.

4.1. L'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

L'analisi deve pertanto concentrarsi sull'articolo 86, paragrafo 2, del Trattato CE, esaminata ora nel suo contenuto generale e nelle sue condizioni di applicazione.

La norma, già presente sin dal Trattato di Roma, si colloca nel Trattato vigente nel capo I del titolo V, titolo dedicato alle Regole di concorrenza. È quindi una norma attinente al funzionamento del mercato unico: si prevede una deroga all'applicazione delle norme comunitarie quando un'impresa viene incaricata della prestazione di un SIEG - assieme alle imprese aventi carattere di monopolio fiscale - , laddove tale applicazione ostacoli l'adempimento di tale incarico. Le norme comunitarie in questione, come esplicita lo stesso testo dell'articolo, sono soprattutto le regole di concorrenza che possono trovare dei limiti nella loro applicazione, sempre che, prosegue il paragrafo 2, non vengano compromessi oltre una certa soglia gli scambi intracomunitari⁴².

Per segnalarne l'importanza si può parlare di "norma costituzionale"⁴³, anche a dimostrazione di quella dialettica di valori cui si è già fatto riferimento a proposito del contenuto dei SIEG.

La norma in questione non ha contenuto autoreferenziale, nel senso che, prevedendo condizioni di deroga alle norme del Trattato e in particolare alle regole di concorrenza, il suo contenuto normativo dipende dalla specifica norma derogata.

⁴² Il paragrafo 2, il cui disposto normativo è autonomo, si collega, come visto, comunque al paragrafo 1 dell'articolo 86 che stabilisce l'applicazione integrale delle regole di concorrenza - con una disposizione rivolta agli Stati membri - e alle imprese private e alle imprese pubbliche, norma che è un corollario della neutralità del diritto comunitario in tema di regime della proprietà, come prevede l'art. 295 Trattato CE. Già si è detto della rilevanza dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 86 a fini di un inquadramento delle attività di intervento pubblico nell'economia, occorre ora accennare che un'attività che costituisce SIEG può essere svolta tanto da entità pubbliche quanto da entità private, senza che la qualità del soggetto gestore incida sulla qualificazione dell'attività come economica. Ciò si ricava dalla sentenza della Corte del 23 aprile 1991, *Höfner and Elser c. Macroton*, causa C-41/90, in *Raccolta*, p. I-979, punti 19-22.

⁴³ In questo senso, tra gli altri J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BURCA (a cura di) *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, p. 170. T. PROSSER, op. cit., p. 544, parla di "constitutional argument" in relazione alle implicazioni che le norme di concorrenza hanno sul tema della cittadinanza e dei diritti sociali.

Essa ha portata generale. A differenza del paragrafo 1 che esplicitamente si indirizza agli Stati membri, la norma del paragrafo 2 ha un ambito soggettivo più ampio: si rivolge alle imprese incaricate di SIEG ma, tenendo conto della natura particolare delle attività svolte, si estende necessariamente alle autorità pubbliche che influenzano direttamente o indirettamente la conduzione della loro attività imprenditoriale. Ciò è già un indice della particolare tecnica redazionale adottata: la tessitura della norma è vaga, vi è un compromesso tra due istanze, tra due modelli economico-sociali e tra due livelli decisionali che possono confliggere, non si indica precisamente la misura della deroga ma se ne prevedono le condizioni, da attuare secondo le valutazioni degli Stati membri con il controllo della Comunità, attribuito dal paragrafo 3 dell'articolo 86 alla Commissione⁴⁴.

Occorre stabilire l'operatività della deroga individuando le condizioni ricavabili dalla norma ed in particolare, si tratta di una norma d'eccezione da interpretare restrittivamente o si è in presenza di una norma che istituisce *un régime particulier* per le imprese incaricate di SIEG, suscettibile di un'applicazione estensiva?

Innanzitutto, vi deve essere l'incarico ad un'impresa di un servizio di interesse economico generale. Il diritto comunitario, come specificato da costante giurisprudenza, individua un'impresa in qualsiasi entità che svolga un'attività economica, senza considerare il suo statuto legale o le modalità di finanziamento. Il consueto approccio interpretativo funzionale porta pertanto a concentrarsi sull'attività svolta dall'ente ed a valutare se essa possa considerarsi economica.

Un'attività è tale se consiste nello scambio di beni e servizi dietro corrispettivo in condizioni di mercato. La Corte di giustizia offre una serie di indicazioni in quei casi che possono apparire *borderline*, laddove accanto ad elementi attinenti ad una logica di mercato compaiono aspetti di solidarietà.

Nel caso *Hofner*, infatti, si sottolinea come lo svolgimento di un'attività da parte di privati è un indice dell'economicità dell'attività svolta (nel caso di specie si trattava di un ufficio di collocamento)⁴⁵. Maggiori indicazioni provengono,

⁴⁴ Il paragrafo 3 stabilisce: «La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni.»

⁴⁵ Sentenza della Corte del 23 aprile 1991 *Höfner and Elser c. Macroton*, causa C-41/90, in *Raccolta*, p. I-979, punto 19. J. BAQUERO CRUZ, op. cit. p. 180, in relazione a tale pronuncia,

invece, dai casi *Eurocontrol*⁴⁶ e *Albany*⁴⁷: la Corte di giustizia richiede un esame dell'attività posta in essere in relazione ai profili della natura, dello scopo e del quadro regolamentare in cui l'ente opera per affermare di essere in presenza di un'attività economica cui le norme del Trattato sono pienamente applicabili.

Già da questa prima condizione si ricava un approccio che sottolinea la discrezionalità statale: sono gli Stati membri nell'ambito delle loro scelte politiche ed economiche ad individuare tali attività e decidere se in esse prevale l'aspetto economico o quello legato alla coesione sociale e se proprio il perseguimento di queste finalità generali richieda una disapplicazione delle regole di concorrenza.

Ciò rappresenta uno degli aspetti più delicati e si lega alla seconda condizione di operatività della *derogation encadrée*⁴⁸ disciplinata dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE: vi deve essere un ostacolo all'adempimento della missione di interesse generale affidata.

Si è presenza, quindi, di un test di proporzionalità: occorre pertanto definire in quali situazioni la disapplicazione delle norme di concorrenza posta in essere dagli Stati membri in relazione ad una prestazione di SIEG cui viene incaricata un'impresa sia legittima ex articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Nelle prime pronunce, ritenute indicative di quell'approccio restrittivo e maggiormente sensibile agli obiettivi del Mercato unico cui si è fatto cenno, si richiedeva che, per fruire della deroga, l'adempimento della missione d'interesse

sostiene trattarsi di un'indicazione relativa al solo caso di specie e da non utilizzare come linea guida.

⁴⁶ Sentenza della Corte del 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contro Eurocontrol*, causa C-364/92, in *Raccolta*, p. I-43, punto 30. Si discuteva se l'attività svolta da *Eurocontrol*, organizzazione istituita sulla base di un accordo internazionale con compiti di controllo della navigazione aerea, ed in particolare la possibilità di imporre contributi agli utenti di tali servizi di navigazione, potesse ritenersi attività economica soggetta alle regole di concorrenza. La Corte di giustizia, in base ai profili citati della natura e dello scopo dell'attività e dopo un esame del contesto normativo in cui l'ente opera, riconosce trattarsi di attività consistente nell'esercizio di poteri di pubblica autorità e non di attività economica.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Albany*, C-67/96, in *Raccolta*, p. I-5751, punti 77-78. Anche in questo caso la Corte applica i tre criteri suindicati e riconosce come economica e quindi soggetta al regime concorrenziale l'attività di un fondo pensione costituito sulla base di un accordo collettivo destinato a lavoratori del comparto tessile.

⁴⁸ L'espressione è di V. ROJANKSI, *L'Union européenne et les services d'intérêt général*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2002, p. 745.

generale affidata all'impresa fosse resa impossibile dall'applicazione delle regole di concorrenza⁴⁹.

Successivamente emerge un approccio maggiormente sofisticato: si considera lo svolgimento del servizio di interesse generale e la possibilità che l'impresa operi in condizioni di equilibrio economico, consentendo la deroga se necessaria al mantenimento di tale stabilità finanziaria, non esigendo più che la sopravvivenza stessa dell'impresa sia messa in discussione. Si tratta appunto delle sentenze *Corbeau* e *Comune di Almelo*, che inaugurano un atteggiamento giurisprudenziale ritenuto di equilibrio fra obiettivi di mercato e gli obiettivi di interesse generale fissati dagli Stati membri.

Secondo alcuni autori⁵⁰ quest'evoluzione porta a configurare, per l'applicazione della norma in esame, un test di necessità anziché un vero e proprio test di proporzionalità. Si tratta di una posizione intermedia tra uno scrutinio limitato all'errore manifesto, in cui è ampia la sfera di discrezionalità attribuita alle scelte politico-economiche degli Stati membri, e tra il *soft proportionality test*, in cui si deve dimostrare che le misure adottate siano commisurate agli obiettivi e non oltrepassino quanto è idoneo a raggiungerli. Le misure proposte devono, quindi, essere in un rapporto diretto, di obiettiva necessità con lo scopo di assicurare la prestazione oggetto d'incarico all'impresa. Si ritiene che tale soluzione consenta di rispettare il carattere compromissorio della norma in esame: si riconosce legittimità alle scelte statali volte ad assicurare obiettivi che esulano dal mercato, assicurando che tale margine di apprezzamento non contrasti con l'interesse comunitario al mantenimento di un mercato libero e concorrenziale.

Altri autori, invece, rimangono ancorati ad un test di proporzionalità "classico" la cui ampiezza dipende dalla presenza o meno di interventi di armonizzazione da parte della Comunità. Nel caso in cui la materia sia "comunitarizzata", ossia fatta oggetto di un intervento normativo secondo le disposizioni del Trattato – il riferimento è alle misure adottate *ex* articolo 95 Trattato CE - , deve essere seguito

⁴⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, *Sacchi*, cit., pronuncia esemplificativa anche del primo approccio interpretativo della Comunità in tema di diritti speciali ed esclusivi disciplinati dall'art. 86, par. 1, Trattato CE.

⁵⁰ J. BAQUERO CRUZ, in op. cit. pp. 191-198; M. C. BARUFFI, *Articolo 86*, in F. POCAR (a cura di) *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, 2001, Padova, p. 456, la quale parla di necessità relativa.

il *soft proportionality test*: la misura statale di esenzione è legittima se è quella meno restrittiva dell'interesse contrapposto, cioè delle esigenze concorrenziali. Altrimenti, si adotterà uno scrutinio limitato all'errore manifesto: la misura statale in materie non oggetto di un intervento di armonizzazione, sarà illegittima solo se manifestamente non conforme alle condizioni poste⁵¹.

Il paragrafo 2 menziona anche una condizione ulteriore: la deroga alle regole di concorrenza non deve compromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità. In dottrina questa condizione è discussa. L'opinione maggioritaria ritiene trattarsi di una condizione autonoma la cui valutazione è rimessa al potere esclusivo della Commissione; un'altra opinione ritiene invece trattarsi di una valutazione implicita nella verifica della necessità di derogare le regole di concorrenza per assicurare l'adempimento della prestazione, quindi una mera specificazione del test di necessità/proporzionalità⁵².

Da questo sintetico quadro può trarsi la conclusione che la norma in esame, più che essere una norma eccezionale, conduce alla configurazione di una disciplina *ad hoc* per le imprese incaricate di SIEG⁵³.

4. 2. L'articolo 16 Trattato CE.

Già dall'esame dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE si ricavano indicazioni sul riparto delle competenze fra Comunità e Stati membri: alla Comunità spetta un potere di controllo sulle scelte degli Stati membri circa le attività che devono essere erogate come servizi di interesse economico generale e che possono fruire

⁵¹ Questa logica è chiaramente espressa da W. SAUTER in *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *European Law Review*, 2008, pp. 167-193, ma emerge anche in J. L. BUENDIA SIERRA, *An Analysis of Article 86(2) EC*, in M. SANCHEZ RYDELSKI (a cura di) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, 2006, Londra, p. 541 ss.

⁵² Viene interpretata come un requisito autonomo da M. C. BARUFFI, op. cit., p. 452; V. ROJANSKI, op. cit., p. 743; V. SOTTILI, op. cit., pp. 58-59, la quale esamina la questione assieme a quella, assai controversa, dell'efficacia diretta: se si ritiene la norma direttamente applicabile, il giudice nazionale non può valutare l'elemento della compromissione degli scambi intracomunitari. Invece, è considerata una mera specificazione da J. BAQUERO CRUZ, op. cit., p. 173.

Più articolata l'opinione di J. L. BUENDIA SIERRA, op. cit., p. 546. L'A. parla di una valutazione complessiva che deve effettuare la Commissione nel considerare l'interesse della Comunità e quello degli Stati membri, analoga a quella svolta nell'applicazione dell'art. 87, par. 3, Trattato CE.

⁵³ *Contra* F. MUNARI, *Imprese «pubbliche» e servizi di interesse generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, 2006, Torino, p. 1658.

della deroga rispetto alle regole di concorrenza. Le scelte degli Stati membri in questo ambito sono sindacabili solo nei limiti dell'errore manifesto⁵⁴.

Il tema del riparto delle competenze trova una previsione più esplicita nell'articolo 16 Trattato CE, introdotto nel 1997 con il Trattato di Amsterdam.

Anche questa disposizione risulta caratterizzata da un approccio compromissorio, che caratterizza il processo di elaborazione e si evidenzia nella stesura della norma⁵⁵.

La norma risulta, infatti, da un accordo fra i vari punti di vista portati avanti dalle istituzioni comunitarie e dagli Stati membri divisi fra di loro sul ruolo da attribuire ai servizi pubblici nelle politiche della Comunità. Da un lato vi era un gruppo di Stati che ribadiva la validità degli schemi applicativi emergenti dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ritenuti in grado di ottenere un equilibrio fra le esigenze del mercato e quelle di garanzia dei servizi pubblici. Vi era, poi, la posizione francese, che invece richiedeva un ruolo più incisivo per le politiche dedicate al servizio pubblico e premeva per una modifica dell'articolo 86 Trattato CE volta a sottrarre integralmente i SIEG dall'applicazione delle regole di concorrenza. Le istituzioni comunitarie, d'altro canto, avevano adottato una politica di rilancio del ruolo dei servizi generali nelle attività dell'Unione⁵⁶.

Tutte queste istanze vengono inserite nell'articolo 16 Trattato CE proposto dalla presidenza olandese nella conferenza intergovernativa: i servizi di interesse economico generale fanno parte dei valori comuni dell'Unione e si riconosce il loro ruolo nella promozione della coesione economica e territoriale, pertanto la Comunità e gli Stati si impegnano ad operare affinché i servizi d'interesse

⁵⁴ Il sindacato esercitabile dalla Comunità, come accennato in relazione al test di proporzionalità *ex art. 86, par. 2*, può avere diversa ampiezza. Più nel dettaglio cfr. *infra*, par. 7.

⁵⁵ Così S. RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du Traité CE*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, p. 37.

⁵⁶ Si consideri a proposito la posizione della Commissione esplicitata nella *Comunicazione sui Servizi d'interesse generale* del 1996, numerose risoluzioni del Parlamento europeo e una conclusione del Consiglio europeo di Torino (marzo 1996), che riprende le conclusioni dei consigli svoltisi a Cannes (giugno 1995) ed a Madrid (dicembre 1996). Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, a con quelle pronunce maggiormente rispettose delle scelte statali, in quegli stessi anni sembrava indicare la nuova linea di tendenza operante nell'ordinamento comunitario a favore di una nuova attenzione ai cd. *non market values*. Quest'ultima considerazione si ritrova in M. ROSS, *Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2005, p. 22 ss. la cui analisi è seguita in questo paragrafo.

economico generale vengano svolti in modo tale da adempiere la loro funzione, nel rispetto delle competenze attribuite e delle norme degli articoli 76, 86, 87 Trattato CE.

La struttura articolata e compromissoria della norma si presta a varie letture.

Un dato emerge con chiarezza: l'ambito applicativo dell'articolo 16 coincide con quello dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Occorre, quindi, riferirsi alla nozione di servizi di interesse economico generale quale emerge nell'applicazione di quest'ultima norma.

Anche l'articolo 16 Trattato CE riguarda quei servizi economici cui gli Stati, riconoscendo un interesse generale, assoggettano ad obblighi di servizio pubblico. Tuttavia, dall'articolo 16 Trattato CE emergono un ruolo ed una legittimazione nuovi se si afferma che i SIEG fanno parte dei valori comuni dell'Unione e che la Comunità e gli Stati membri operano per assicurare la loro missione.

Questo aspetto viene trascurato dai commentatori che sostengono la cd. *no change view* e ritengono che l'articolo 16 Trattato CE non abbia alcuna portata giuridica innovatrice, consistendo soltanto in una presa d'atto dell'*acquis* formato sulla base dell'articolo 86, paragrafo 2.

Tale opinione si concentra sul fatto che la disposizione dell'articolo 16 Trattato CE fa espressamente salva l'applicazione degli articoli 73, 86 e 87 Trattato CE; e sul contenuto della Dichiarazione n. 13 annessa al Trattato di Amsterdam⁵⁷, secondo la quale le disposizioni dell'articolo 16 Trattato CE devono essere applicate nel rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁸.

In realtà l'opinione maggioritaria non può fare a meno di riconoscere la nuova legittimazione dei SIEG nell'ambito dell'Unione che, tuttavia, può essere interpretata in direzioni tra loro alternative.

Infatti, si può sostenere che l'elevazione dei SIEG a valori comuni dell'Unione ed il riferimento al principio di sussidiarietà ricavabile dal sintagma "secondo le

⁵⁷ Dichiarazione n. 13 annessa al Trattato di Amsterdam relativa all'articolo 7 D del Trattato che istituisce la Comunità Europea.

⁵⁸ Questa visione emerge anche in J. BAQUERO CRUZ, op. cit, p. 177, il quale, nel citare le varie letture proposte, a sostegno della propria tesi, riferisce il giudizio del Senato francese che, in un rapporto del novembre 2000, giudica l'art. 16 Trattato CE una dichiarazione di principi, nulla più che "*une consolation*". Pertanto l'Autore ritiene che la disposizione in esame abbia solo un valore interpretativo che conferma l'*acquis* maturato sull'art. 86, par. 2, e non proponga alcun contenuto innovatore alla disciplina comunitaria dei SIEG.

rispettive competenze” portino ad esaltare la discrezionalità dei poteri nazionali rispetto ad un intervento comunitario di integrazione. Questa tesi⁵⁹ trascura il fatto che il principio di sussidiarietà non consiste in una riaffermazione o in una restituzione di competenze agli Stati membri, indicando invece una competenza che è condivisa fra i due livelli decisionali e che deve essere funzionale al raggiungimento della missione insita nelle prestazioni di SIEG. Di conseguenza non si mette in luce che le condizioni e gli obiettivi da raggiungere sono quelli posti dal diritto comunitario, che fissa i requisiti e gli standard di massima che i SIEG devono raggiungere.

Così la norma, forse un po’ nebulosa, può tradursi, come suggerisce attenta dottrina⁶⁰, in un nuovo spazio di intervento per la Comunità, in un approccio teso stavolta alla promozione ed al raggiungimento della coesione sociale e territoriale. Si afferma, quindi, una posizione comunitaria che va al di là del mercato, in cui la garanzia dei SIEG è funzionale al raggiungimento di obiettivi di coesione e solidarietà fra i soggetti del diritto comunitario.

Anzi, la particolare collocazione della norma, nella Parte Prima del Trattato CE, porta al riconoscimento di un principio dell’ordinamento comunitario che pone l’obbligo, condiviso fra Stati membri e Comunità, di assicurare che i SIEG siano messi in grado di funzionare secondo i requisiti individuati a livello comunitario. Tale obbligo deve tradursi in azioni positive, poste in essere da Stati membri e Comunità, in grado di assicurare nell’Unione prestazioni adeguate di SIEG.

L’obbligo e la sua estensione non è chiaramente definito, precisandosi soltanto l’obiettivo finale. Per la sua dimensione concreta occorre riferirsi nuovamente all’articolo 86, paragrafo 2, che, dunque, nell’applicazione dell’articolo 16, riveste

⁵⁹ M. ROSS, op. cit., p. 30, si riferisce soprattutto alle prese di posizione della Francia, ma anche di Germania, Austria e Lussemburgo, durante la conferenza intergovernativa del 1996.

Alla posizione di questi Stati membri può accostarsi anche un’opinione della dottrina, quella di F. MUNARI, il quale, ne *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2002, p. 39, sottolinea come le scelte sottese ai servizi d’interesse generale in relazione all’accesso ed alla fruizione siano essenzialmente politiche e pertanto, stante il livello attuale di integrazione politica nell’Unione, rientrano, ai fini della salvaguardia degli obiettivi indicati dall’art. 16 Trattato CE, essenzialmente nella competenza degli Stati membri. Inoltre, nello stesso scritto, l’A. afferma la necessità che l’attenzione delle istituzioni comunitarie si rivolga a valori che vadano al di là dell’integrazione dei mercati e delle libertà economiche al fine di proseguire lo sviluppo dell’Unione.

⁶⁰ M. ROSS, in op. cit., pp. 31-33.

una duplice importanza: l'*acquis* deve essere preso in considerazione per individuare la nozione di SIEG ma anche, poiché l'articolo 16 ne fa esplicitamente salva la sua applicazione, si deve tener conto delle esigenze di rispetto della disciplina concorrenziale.

Una dottrina autorevole⁶¹, invece, sembra suggerire, seppure in termini dubitativi, nell'elencare i vari quesiti che la norma all'indomani del suo inserimento pone, che non si introduca una nuova competenza comunitaria, ma si configuri l'obiettivo della salvaguardia delle esigenze di buon funzionamento dei servizi come il limite all'azione comunitaria volta all'attuazione del mercato interno.

Ritornando alla lettura *communautaire* dell'articolo 16 Trattato CE, ossia la presenza di un obbligo positivo tra Stati membri e Comunità, si coglie che l'elevazione dei valori di solidarietà a rango di principi dà un nuovo assetto alla dialettica tra mercato ed interesse generale, già presente nel sistema, arricchendola di contenuti innovativi. In tal modo il riferimento all'articolo 86 comporta la volontà di mantenere il grado di sviluppo raggiunto dall'*acquis* ed al tempo stesso la volontà di promuovere, ponendo un obbligo condiviso, i valori della solidarietà e della coesione. Si pongono le basi per l'instaurazione di una nuova relazione fra Unione, Stati e cittadini.

Il disposto dell'articolo 16 Trattato CE, infatti, contiene questo ulteriore elemento di progresso: affermare il ruolo sociale dei SIEG contribuisce a definire e riempire di contenuti il concetto di cittadinanza comunitaria. Può chiaramente affermarsi, ragionando *ex* articolo 16 Trattato CE, che l'accesso ai SIEG secondo gli standard fissati dall'ordinamento comunitario rientri necessariamente nello *status* di cittadini europei. Invero, si può ritenere che venga riconosciuto, allo stato attuale, una posizione giuridica soggettiva per i cittadini comunitari in base al combinato disposto degli articoli 16 e 86, paragrafo 2, Trattato CE per cui essi possono pretendere l'accesso a SIEG erogati secondo i requisiti di adeguatezza e continuità previsti dal diritto comunitario.

Meno chiara è la natura di questa situazione giuridica così delineata e la sua azionabilità.

⁶¹ Cfr. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il Trattato di Amsterdam*, 1999, Milano, pp. 273-278.

Tanto l'articolo 86, paragrafo 2, quanto l'articolo 16 Trattato CE costituiscono un parametro di legittimità dei comportamenti degli Stati membri e della Comunità. Non può contestarsi che il mancato rispetto dell'obbligo di assicurare i SIEG posto in capo agli Stati membri e alla Comunità dia luogo ad un illecito e fondi un regime di responsabilità.

Se i singoli subiscono un danno e l'illecito è compiuto dalla Comunità occorre riferirsi alla norma dell'articolo 288 Trattato CE; se l'illecito è compiuto dagli Stati si considera la giurisprudenza emersa con le note sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Francovich*, che affermano il principio della responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli per violazione del diritto comunitario, responsabilità che la Corte di giustizia modella su quella disciplinata dall'articolo 288 Trattato CE.

Questa impostazione è sostenuta da parte della dottrina italiana⁶² che qualifica l'accesso ai SIEG come diritto fondamentale, con una interpretazione combinata dell'articolo 16 Trattato CE con l'articolo 36 della Carta di Nizza, disposizione che non ha portata giuridica vincolante ma un'efficacia solo interpretativa⁶³. Secondo tale opinione, i singoli potranno invocare l'articolo 16 Trattato CE, nel rispetto delle condizioni indicate dal diritto comunitario in relazione alla responsabilità, per ottenere il risarcimento dei danni causati dal mancato rispetto dell'obbligo di assicurare prestazioni di SIEG adeguate, dopo avere, in base al principio di sussidiarietà, individuato, tra Stati membri e Comunità, il livello di governo responsabile.

⁶² Cfr. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e il ruolo degli Users' Rights*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 450-455 e più diffusamente in *Applicazione delle norme in materia di servizi di interesse generale*, in M.P. RAGIONIERI, M. MARESCA (a cura di) *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, 2006, Milano; M. D'ADDEZIO, *Violazioni dell'art. 16 del Trattato CE: profili sanzionatori*, sempre in M.P. RAGIONIERI, M. MARESCA (a cura di), op. cit. Entrambi gli autori motivano la tesi esposta anche sulla base di profili legati alla tutela dei consumatori; M. D'ADDEZIO sostiene, però, che la norma dell'art. 16 ha carattere precettivo e si concentra sulla responsabilità per danno dello Stato membro, argomentando sulla base di elementi tratti da normative interne come la legge italiana antitrust (legge n. 287/1990) o il codice del consumo (d. lgs. 206/2005). La natura di diritto fondamentale, sulla base dell'articolo 16 Trattato CE, interpretato ai sensi dell'articolo 36 della Carta di Nizza è affermata anche da E. BERGAMINI, op. cit., p. 9, la quale estende il contenuto del diritto non solo ai SIEG, ma alla più ampia categoria dei SIG.

⁶³ Il tema dell'articolo 36 della Carta di Nizza viene esaminato in maggiore dettaglio *infra* al par. seguente.

In realtà, l'affermazione di un regime di responsabilità per gli Stati membri in relazione all'obbligo ricavabile dall'articolo 16 Trattato CE richiede un'analisi più articolata e comunque una risposta differenziata a seconda dei settori di SIEG interessati. Infatti, seguendo un'analisi proposta in dottrina⁶⁴, nei settori interessati da interventi di diritto derivato - ad oggi soltanto i settori dei servizi postali, delle telecomunicazioni e dell'energia⁶⁵ - tanto il conferimento di un diritto agli utenti quanto il susseguente regime di responsabilità statale dipende dalla specifica norma presa in esame. Da un'analisi sommaria delle norme di diritto derivato, la garanzia per gli utenti alle prestazioni di SIEG si traduce nella previsioni di diritti e, dunque, di rimedi giurisdizionali di natura contrattuale: in questi casi la dottrina ritiene assai infrequente la possibilità di invocare la giurisprudenza *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur* per far valere la responsabilità dello Stato membro.

Di conseguenza, appare ancor più remota la possibilità che dinanzi alla Corte di giustizia venga attivato il regime di responsabilità in relazione ad attività di SIEG non oggetto di interventi da parte del diritto derivato, sulla base della violazione di una disposizione del Trattato dal contenuto, come visto, alquanto vago quale l'articolo 16⁶⁶. Si tengano presenti, inoltre, le analisi, di altri autori in relazione all'articolo 16, i quali, nel riconoscere l'obbligo condiviso tra Comunità e Stati membri, si concentrano sul carattere programmatico⁶⁷ della norma.

⁶⁴ Seguendo l'analisi di P. ROTT, *The Responsibility of the State and State Liability with a View to Services of General Interest*, in *Diritto e politiche dell'Unione Europea*, 2007, in particolare p. 95 ss.

⁶⁵ Cfr. direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, pubblicata in GUCE del 24 aprile 2002, serie L 108, p. 51; la direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, pubblicata in GUCE del 15 luglio 2003, serie L 176, p. 37; la direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, pubblicata in GUCE del 15 luglio 2003, serie L 176, p. 57; la direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari, pubblicata in GUCE del 21 gennaio 1998, serie L 15, p. 14.

⁶⁶ È la conclusione cui giunge P. ROTT, op. cit., pp. 99-100. L'A. ritiene che la Corte di giustizia possa riconoscere la responsabilità dello Stato membro solo in ipotesi di carattere eccezionale, come può essere, ad esempio, l'impossibilità di accedere all'acqua corrente.

⁶⁷ In questo senso, tra gli altri, si veda S. RODRIGUES, op. cit., p. 45. La stessa logica può individuarsi in M. ROSS, op. cit. pp. 36-37, il quale concentra l'attenzione sulle azioni positive che devono essere intraprese ex art. 16 Trattato CE, notando, tuttavia, che l'effettivo equilibrio nei rapporti tra Unione, Stati membri e cittadini va ancora una volta affidato all'opera chiarificatrice della giurisprudenza comunitaria.

Così, se da un punto di vista teorico generale, la possibilità di applicare il regime di responsabilità degli Stati in materia di SIEG, supponendo la violazione della norma in esame, non può essere negata, tuttavia, una sua affermazione meno controversa, in un quadro invariato del diritto primario, necessita di ulteriori conferme da parte di interventi normativi comunitari e nazionali di attuazione, a seconda del livello di governo interessato, ovvero di più precise affermazioni giurisprudenziali che precisino la tutela giurisdizionale cui hanno diritto i singoli in relazione al mancato adempimento della missione di interesse generale, insita nelle prestazioni di SIEG, la cui garanzia si evince incontestabilmente tanto dall'articolo 16 quanto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Ovviamente tali considerazioni non devono condurre a sottovalutare l'obbligo che incombe *ex* articolo 16 Trattato CE su Comunità e Stati membri circa l'effettività che deve essere garantita a prestazioni di SIEG adeguate su tutto il territorio dell'Unione, garanzia che implica anche il riconoscimento ai singoli di precise ed effettive condizioni di tutela giurisdizionale. La necessità di adempiere a tale obbligo si fa più stringente se si collega al patrimonio che compone la cittadinanza comunitaria⁶⁸, in cui trovano luogo tanto le libertà economiche quanto l'attenzione alla solidarietà ed allo sviluppo sociale⁶⁹.

5. Natura e portata giuridica dell'articolo 36 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione.

L'analisi del quadro normativo in tema di SIEG deve prendere in considerazione anche la Carta di Nizza, sebbene non costituisca, ad oggi, una fonte giuridica dell'ordinamento comunitario.

⁶⁸ Nel Libro Verde della Commissione, esaminato *infra*, si indica che l'accesso ai SIEG è costitutivo della cittadinanza comunitaria.

⁶⁹ Si consideri anche l'opinione espressa da T. PROSSER, *op. cit.*, p. 56 e ss. L' A. sottolinea come la nuova attenzione ai SIEG porti alla configurazione di un modello europeo di società in cui, dalle libertà economiche, si passa alla garanzia dei servizi pubblici, ritenuti a loro volta garanzia dei valori su cui si costruisce la cittadinanza: *liberté, égalité, fraternité*. L' A., inoltre, mette in luce, guardando all'esperienza britannica, come la garanzia dei servizi pubblici, grazie al diritto comunitario, da questione tradizionalmente politica sia divenuta una "*law matter*".

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁷⁰ dedica la disposizione dell'articolo 36 al tema dell'accesso ai servizi di interesse economico generale. Questa disposizione afferma che l'Unione, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale, riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale si desume dalla legislazione e dalla prassi degli Stati membri, nel rispetto del Trattato CE.

Occorre, quindi, analizzare il contenuto e verificare l'eventuale ruolo abbia di tale disposizione nell'ordinamento comunitario e se essa incida nei rapporti fra Stati e Comunità e fra questi ed i cittadini-utenti.

Si può affermare che l'articolo 36 della Carta rientra in quel processo di elaborazione di uno statuto costituzionale per i servizi pubblici, volontà emersa con il Trattato di Amsterdam e che ha parimenti condotto all'articolo 16 Trattato CE. Se con quest'ultima norma i SIEG escono dalla sola prospettiva del mercato concorrenziale, per cui non appaiono più soltanto come una deroga al mercato ma come strumenti per raggiungere obiettivi di solidarietà - in particolare di coesione sociale e territoriale - in un chiaro approccio funzionale, con la Carta di Nizza si erge l'accesso a questi servizi a principio fondamentale dell'Unione. Alla base di questo processo vi è naturalmente un'istanza politica che ha portato le istituzioni comunitarie ad includere i SIEG in questa solenne dichiarazione dei diritti fondamentali.

Dal punto di vista del contenuto, tuttavia, la disposizione appare neutra.

Nulla dice in più rispetto a quanto si può già argomentare sulla base dell'articolo 16 Trattato CE, di cui ne riconferma lo spirito e cioè che le libertà economiche devono essere temperate con esigenze di coesione sociale e di solidarietà raggiunte tramite servizi economici adeguati. Si noti comunque come l'obiettivo della solidarietà non porti a discostarsi dalla nozione di servizi d'interesse economico generale, suscitando gli interrogativi della dottrina francese⁷¹ che si

⁷⁰ Proclamata il 7 dicembre 2000 in occasione del Consiglio Europeo di Nizza dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, a nome delle rispettive istituzioni di appartenenza, pubblicata in GUCE del 18 dicembre 2000, serie C 364, p. 8.

⁷¹ Si consideri l'analisi di L. GRARD, *Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général*, in *ERA Forum*, 2002, p. 158 e ss. L'autore, comunque, sottolinea le difficoltà che venga integralmente recepita nell'ordinamento comunitario una concezione dei servizi pubblici "franco-française".

chiede le ragioni dell'attenzione della Comunità soltanto ai *services publics marchand*, senza introdurre la categoria generale più vasta dei servizi d'interesse generale.

Questa dottrina ravvisa anche la possibilità di un'interpretazione restrittiva del contenuto della protezione accordata ai SIEG: il riferimento alla legislazione nazionale è temperato dal principio del rispetto del Trattato CE richiamando così l'operare del principio di proporzionalità; inoltre, l'adozione della prospettiva della promozione della coesione sociale e territoriale potrebbe implicare la garanzia soltanto di quei servizi economici finalizzati a ridurre l'esclusione sociale.

Tutte queste considerazioni devono tener conto della portata giuridica che ha la Carta di Nizza nell'ordinamento comunitario⁷². Ad oggi, essa non ha valore giuridico vincolante, è una dichiarazione solenne.

Ciò non significa che non rivesta importanza nell'ordinamento comunitario. Costituisce, infatti, un parametro interpretativo particolarmente qualificato, provenendo congiuntamente dalle tre istituzioni politiche della Unione: Parlamento, Consiglio e Commissione. Di conseguenza le disposizioni della Carta costituiscono delle linee guida cui tutte le istituzioni comunitarie devono attenersi nello svolgimento della loro attività, fondando il legittimo affidamento nei soggetti dell'ordinamento comunitario che esse si comporteranno secondo quanto dichiarato.

Ma la loro importanza non si esaurisce a questo aspetto. La Carta, come si ricava da consolidata prassi giurisprudenziale, costituisce un parametro interpretativo qualificato per ricostruire i principi generali del diritto, fonte che nell'ordinamento comunitario, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, Trattato UE, attua la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Perciò quando si afferma che l'accesso ai SIEG, previsto dall'articolo 36 della Carta, è un diritto fondamentale occorre verificare, come prevede l'articolo 6, paragrafo 2, Trattato UE, se la Carta in questo aspetto codifichi un diritto fondamentale dell'uomo previsto dalle tradizioni costituzionali comuni o dalla

⁷² Si seguono le riflessioni di L. GRARD, op. cit. e O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 633.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950. La risposta secondo alcuni è negativa: l'accesso ai SIEG non è un diritto fondamentale dell'uomo, vi sono piuttosto dei principi opponibili alle Autorità comunitarie o nazionali nell'esercizio delle loro competenze⁷³.

A questa visione si contrappone l'opinione, già segnalata, che, associando tale disposizione all'obbligo *ex* articolo 16 Trattato CE di azioni positive di Comunità e Stati membri affinché i SIEG assolvano la missione loro affidata, qualifica l'accesso ai SIEG come un diritto fondamentale⁷⁴.

In realtà, sembra profilarsi una tesi intermedia basata su recenti prese di posizione della giurisprudenza comunitaria che ha utilizzato la Carta di Nizza come parametro di legittimità, seppur mediato, per sindacare la validità del diritto derivato⁷⁵. Se questo indirizzo viene confermato, si potrebbero prospettare sviluppi differenti sul tema dell'accesso ai SIEG.

In realtà la giurisprudenza comunitaria sembra non prendere in considerazione la disposizione dell'articolo 36 della Carta di Nizza, a differenza, invece, come viene segnalato in dottrina⁷⁶, degli Avvocati generali. Infatti, appaiono dei riferimenti all'articolo 36 in due conclusioni presentate dagli Avvocati generali: le conclusioni relative al caso *TNT-Traco*⁷⁷ e quelle relative al caso *Fenin*⁷⁸.

La particolarità di tali rinvii svolti dagli Avvocati generali si rinviene nel fatto che la disposizione della Carta di Nizza è in entrambe le occasioni richiamata assieme

⁷³ Così L. GRARD, *op. cit.*, p. 160; M. ROSS, *The Europeanization of Public Services Supervision*, *cit.*, p. 312. Alle stesse conclusioni giunge O. PORCHIA, *op. cit.* p. 650, la quale si concentra sul carattere di comunicazione solenne del documento.

⁷⁴ Quest'opinione è chiaramente espressa da M. MARESCA citato *supra* nel commento all'articolo 16.

⁷⁵ Cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2006, p. 134. L' A. cita come esempio di questa tendenza la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, in *Raccolta*, p. I-5769. La Corte di giustizia accetta di sindacare la validità della direttiva in oggetto alla luce anche della Carta di Nizza, poiché richiamata nel "considerando" della stessa (sentenza *cit.*, punto 38).

⁷⁶ Si consideri a tal proposito il riferimento alle conclusioni degli Avvocati generali nell'analisi di J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (a cura di), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 165.

⁷⁷ Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Alber il 17 maggio 2001 al caso *TNT-Traco*, causa C-340/99, in *Raccolta*, p. I-4109, punto 94.

⁷⁸ Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Poiares Maduro il 10 novembre 2005 al caso *Fenin*, causa C-205/03, in *Raccolta*, p. I-6295, punto 26.

all'articolo 16 Trattato CE: pare, dunque, attribuirsi all'articolo 36 la funzione di parametro interpretativo privilegiato dell'articolo 16 Trattato CE.

Tale deduzione sembra ricevere una conferma nei più recenti strumenti di *soft-law* dedicati dalla Commissione al tema di SIEG, nei quali il rinvio all'obbligo di azioni positive in tema di SIEG *ex* articolo 16 Trattato CE è associato al riferimento all'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali⁷⁹.

In ogni caso, il carattere non vincolante della Carta di Nizza non può allo stato attuale mettersi in discussione. Si giunge, quindi, alle medesime conclusioni già ricavabili da un'analisi congiunta degli articoli 86, paragrafo 2, e 16 Trattato CE: le garanzie effettive per i singoli dipenderanno da come Comunità e Stati membri attueranno l'obbligo di assicurare i SIEG secondo quelle garanzie di adeguatezza, promozione della coesione sociale e territoriale e rispetto del mercato che il sistema del Trattato pone, nella precisazione che queste ultime esigenze possono cedere dinanzi ad obiettivi di solidarietà e giustizia e soprattutto valorizzando il collegamento dell'accesso ai SIEG alla cittadinanza comunitaria⁸⁰.

Il quadro muterà quando entrerà in vigore il Trattato di Lisbona che, come si vedrà, finalmente attribuirà efficacia giuridica vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che, seppur restando autonoma, avrà lo stesso valore giuridico dei Trattati⁸¹. Si sarà allora in presenza di un diritto di accesso ai SIEG affermato da una fonte giuridica vincolante tanto gli Stati membri quanto l'Unione: l'efficacia *erga omnes* e tutte le conseguenze che ne derivano, *in primis* l'accesso a rimedi giurisdizionali certi ed effettivi in sede comunitaria e interna, potranno difficilmente negarsi.

⁷⁹ Cfr. Libro bianco par. 2.1, p. 5, in cui compare il medesimo riferimento in via combinata all'art. 16 Trattato CE e all'art. 36 della Carta di Nizza. La disposizione dell'art. 36 è richiamata anche nel Libro verde (cfr. par. 8, p. 5 e par. 30, p. 10).

⁸⁰ Occorre, tener conto però della tesi già esposta in riferimento all'articolo 16 Trattato CE: tralasciando la questione se l'accesso alla prestazione di SIEG costituisca un diritto fondamentale, è comunque possibile applicare il principio della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, laddove il singolo abbia subito un danno, secondo le condizioni poste dalla giurisprudenza *Francovich*.

⁸¹ Così prevede l'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato UE nella versione consolidata al Trattato di Lisbona.

6. Le novità del Trattato di Lisbona: gli sviluppi futuri in tema di SIEG.

Il Trattato di Lisbona⁸², firmato il 13 dicembre 2007, interviene in materia di SIEG, confermando l'*acquis* emerso in questi anni ma introducendo numerosi aspetti innovativi, in un quadro di rafforzamento del ruolo dei SIEG nelle politiche economiche e sociali dell'Unione ed in una conferma della loro integrazione positiva nel diritto primario.

Tali novità consistono nel nuovo articolo 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che andrà a sostituire l'articolo 16 Trattato CE, e nell'annessione al Trattato di Lisbona del Protocollo n. 9 dedicato ai servizi d'interesse generale.

L'articolo 14 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea conferma l'impianto dell'attuale articolo 16 Trattato CE: si pone un obbligo in capo all'Unione⁸³ ed agli Stati membri di assicurare che i SIEG raggiungano la missione loro affidata, ponendo i principi e le condizioni necessarie a tale fine, ciascuno secondo le rispettive competenze. Si prevede che tali principi e condizioni sono stabiliti con regolamenti adottati da Parlamento e Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria. In questo modo l'obbligo condiviso e il mandato politico dell'articolo 16 Trattato CE, introdotto dal Trattato di Amsterdam, acquistano contorni più netti con l'indicazione di una puntuale base giuridica⁸⁴.

⁸² Con il Trattato di Lisbona si modifica il Trattato UE e il Trattato CE. Quest'ultimo assumerà la denominazione di Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (Trattato FUE).

⁸³ Non vi è più riferimento alla Comunità poiché l'Unione "sostituisce e succede alla Comunità"(art. 1 Trattato di Lisbona e art. 1 terzo comma Trattato UE nella versione consolidata).

⁸⁴ Occorre ricordare che anche nel Trattato che adotta una costituzione per l'Europa del 2004, nell'articolo III-122, si prevedeva una base giuridica definita per l'individuazione da parte della Comunità dei principi e delle condizioni per assicurare lo svolgimento dei SIEG, ossia l'adozione di una legge europea. Con il Trattato di Lisbona scompare il riferimento alla legge europea sostituita dal regolamento, fonte "tradizionale" nell'ordinamento comunitario, adottato in base alla procedura di codecisione. Questo confronto può essere significativo dell'approccio seguito nella Conferenza intergovernativa che ha condotto al Trattato di Lisbona: per facilitare l'accordo degli Stati membri, si sono evitate scelte anche terminologiche particolarmente evocative - come nel caso della "legge europea"- salvando in questo modo parte delle novità del Trattato Costituzionale. In questo senso l'analisi di B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione Europea a una svolta?*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 137 ss. Si consideri, inoltre, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, pp. 35-36, il quale giudica siffatte scelte terminologiche una manifestazione della tendenza alla "de-costituzionalizzazione" intrapresa dalla Conferenza intergovernativa per favorire, appunto, l'accordo fra gli Stati membri sul Trattato di riforma.

Non può sfuggire l'importanza di tale disposizione. Si compie un decisivo passo nei confronti della certezza giuridica in tema di SIEG: l'azione dell'Unione riceverà un maggiore impulso rispetto all'attuale formulazione della norma, poiché si stabiliscono le modalità - il regolamento da adottarsi secondo la procedura ordinaria - ed i contenuti - i principi e le condizioni necessarie - di siffatta azione per raggiungere la missione di interesse generale, cui le attività di SIEG sono preposte. Perciò l'azione dell'Unione acquista contorni più netti e definiti, quasi ad esprimere finalmente la volontà degli Stati membri di porre a compimento quel processo di legittimazione del ruolo dei SIEG, intrapreso sin dal Trattato di Amsterdam. Se, infatti, con l'articolo 16 Trattato CE si prendeva atto del ruolo dei SIEG nella costruzione comunitaria, ora si dota l'Unione degli strumenti normativi per rendere effettivo tale ruolo e per dare compiuta realtà al tanto evocato, ma sinora vago, modello sociale europeo.

Inoltre, dalla formulazione dell'articolo 14 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea può sostenersi, se non si vuole ammettere un'estensione delle competenze dell'Unione visto che l'obbligo è condiviso fra l'Unione e gli Stati membri, aspetto su cui si pronuncia in maggiore dettaglio il Protocollo n. 9, di certo la possibilità più ampia di procedere ad interventi di armonizzazione, che, come accennato, si sono finora basati su una norma dall'ambito applicativo più generale quale l'articolo 95 Trattato CE, che prevede come fonte derivata un atto dagli effetti giuridici differenti, la direttiva⁸⁵.

Le novità legate all'introduzione del regolamento devono essere lette, specialmente, nei loro riflessi sulla tutela del singolo. Infatti, finalmente la posizione giuridica soggettiva del singolo in relazione all'erogazione di SIEG sarà azionabile, essendo specificata da una fonte del diritto derivato, direttamente invocabile dai singoli negli ordinamenti interni. Inoltre, la scelta del regolamento deve essere associata ad una novità ulteriore del Trattato di Lisbona, di profilo più generale e dai riflessi notevoli per tutto l'ordinamento comunitario, che nella dinamica di questa esposizione non può essere apprezzata in tutta la sua

⁸⁵ A tal proposito si consideri l'opinione critica di G. CAGGIANO, op. cit., p. 159, il quale ritiene che le caratteristiche del regolamento non si adattano all'adozione di linee guida, ritenendo, invece, più adeguata la previsione di atti dai caratteri più duttili, quali le direttive.

importanza, quale la modifica delle condizioni di accesso al ricorso di legittimità da parte di persone fisiche e giuridiche: ai sensi dell'articolo 263, paragrafo 4, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁸⁶, che va a sostituire l'attuale articolo 230, paragrafo 4, Trattato CE, anche la legittimità degli atti regolamentari, a condizione che tali atti li riguardino direttamente e non comportino misure di esecuzione, può essere contestata dai ricorrenti individuali a mezzo del ricorso d'annullamento. La tutela giurisdizionale del singolo nell'ordinamento comunitario in tema di SIEG, dunque, comprenderà anche una possibilità più ampia di adire tale mezzo di ricorso⁸⁷.

Per quanto attiene le competenze in materia di SIEG, si ribadisce che esse sono condivise fra Unione e Stati membri e che tali servizi fanno parte dei valori comuni dell'Unione. Queste enunciazioni trovano un importante riscontro, quasi una spiegazione, nel Protocollo n. 9 allegato al Trattato di Lisbona dedicato ai servizi d'interesse generale, inserito su proposta della delegazione dei Paesi Bassi con l'appoggio delle delegazioni francese e tedesca.

In questo atto, avente lo stesso valore giuridico dei Trattati, si precisano all'articolo 1 i valori comuni dell'Unione in tema di SIEG. Innanzitutto si afferma l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali, regionali e locali nella definizione ed organizzazione di SIEG il più vicino possibile alle esigenze degli utenti: si precisa, quindi, come l'azione dell'Unione debba essere improntata al rispetto del principio di sussidiarietà e che l'obiettivo principale nell'attività dei due livelli di governo deve essere la tutela dell'esigenze dei singoli.

Inoltre, i valori comuni comprendono il rispetto della diversità delle varie attività rientranti nei SIEG e della differenti esigenze degli utenti, variabili anche in relazione alle situazioni geografiche e socio-culturali. Si conferma, pertanto, la

⁸⁶ L'art. 263, par. 4, Trattato FUE dispone: «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

⁸⁷ Secondo L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 286, tale innovazione consentirà condizioni di ricevibilità dei ricorsi individuali meno severe.

flessibilità della nozione di SIEG ed il suo necessario e continuo adeguarsi ai bisogni dei singoli ed ai mutamenti socio-economici e tecnologici⁸⁸.

Infine, si indicano tra i valori comuni l'alto livello qualitativo, la sicurezza, la parità di trattamento, la promozione dell'accesso universale e la tutela dei diritti degli utenti: tutti aspetti che rientrano nell'*acquis* in tema di SIEG, già enunciati nel Libro Verde e nel Libro bianco della Commissione⁸⁹.

L'articolo 2 del Protocollo è dedicato ai servizi d'interesse generale non economici, stabilendo che le competenze degli Stati membri in questa materia rimangono impregiudicate.

La disposizione, seppure affermi che l'Unione non ha competenze in materia, riveste particolare importanza da un punto di vista sistematico: la nozione di servizi di interesse generale, sinora assente, trova per la prima volta riconoscimento nel diritto primario. In questo modo, come sottolineano alcuni autori, l'Unione avrà comunque un ruolo quando si tratterà di definire il contenuto e le modalità di esercizio delle proprie competenze⁹⁰, con la possibilità di interferire nell'esercizio delle competenze statali.

Un'altra opinione in dottrina⁹¹, al contrario, ritiene che la formulazione del Protocollo in tema di servizi generali non economici esprima in modo solenne la posizione negativa comune a tutti gli Stati membri, così come emersa in seno alla Conferenza di revisione, volta ad escludere qualsiasi possibilità di estensione in via interpretativa delle competenze dell'Unione in tale settore dei servizi pubblici.

In ogni caso, la disposizione dell'articolo 2 del Protocollo riporta l'attenzione sul problema della distinzione tra attività economiche e non.

Può complessivamente affermarsi che l'introduzione con il Trattato di Lisbona di uno specifico protocollo dedicato ai servizi sia da ascrivere a quella stessa tendenza di impulso e rilancio dell'azione dell'Unione in materia di SIEG, già riscontrabile in una sommaria lettura dell'articolo 14 Trattato sul funzionamento

⁸⁸ Ciò richiede un'opera costante di aggiornamento della disciplina settoriale, come precisa la Commissione ne *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, cit.

⁸⁹ Si veda *infra* il par. seguente.

⁹⁰ In questo senso l'analisi di S. RODRIGUES, *Traite simplifié. La place de services publics*, in www.telos-eu.com/fr/node/720, 4 luglio 2007, il quale, a proposito dell'art. 2 del Protocollo parla di «*formule subtile*».

⁹¹ È l'avviso di G. CAGGIANO, op. cit., p. 159.

dell'Unione europea. Infatti, la scelta di dedicare un protocollo ai servizi generali ed annetterlo non solo al Trattato funzionamento dell'Unione europea, ma anche al Trattato UE, dove non figura più il riferimento alla concorrenza, sembra aprire la strada ad una sempre maggiore considerazione del ruolo dei servizi generali nella società europea, se non ad un valore superiore agli obiettivi del mercato e della concorrenza⁹².

Può anche sostenersi, d'altro canto, il rischio di una *dégradation protocolaire*⁹³ del ruolo dei servizi nel contesto europeo, paventando la possibilità che, ritenendo esaustivo questo intervento del diritto primario sul tema, si presenti una nuova situazione di incertezza giuridica, soprattutto tenendo conto di prese di posizione in tema da parte della Commissione. Invero, quest'ultima istituzione, come si legge nella recente comunicazione sul tema⁹⁴, afferma che ormai, tanto con l'articolo 14 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea quanto con il Protocollo, il quadro giuridico europeo sia ormai consolidato e l'attività della Commissione deve essere indirizzata all'attuazione ed al monitoraggio di tali regole. Pare emergere, secondo chi sostiene questa visione, un approccio rinunciatario della Commissione all'esercizio dei poteri d'iniziativa legislativa ed un definitivo accantonamento della proposta di una normativa quadro di diritto derivato in materia, nonostante continuino ad esservi nel dibattito politico e culturale opinioni di segno contrario.

Non è possibile, nelle more dell'entrata in vigore del Trattato, prevedere se le prospettive e le perplessità esposte saranno confermate.

È innegabile, tuttavia, una chiarificazione delle modalità di esercizio delle competenze comunitarie ed un recepimento dell'*acquis* sul tema, improntato al riconoscimento dell'importanza dei servizi generali come mezzo di promozione ed attuazione del modello sociale europeo, sempre però nell'ambito di un contesto di mercato concorrenziale.

⁹² In questo senso, S. RODRIGUES, *Traite simplifié. La place de services publics*, cit., il quale evoca « *un prise ascendante des SIG* ».

⁹³ Questa critica in D. CHARLES LE BIHAN, *Services d'intérêt économique général et valeurs communes*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 358 ss.

⁹⁴ Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, cit., punto 15.

7. La nozione ed i requisiti dei SIEG sulla scorta dell'attività di qualificazione della Commissione.

Dopo un sintetico quadro sulle fonti di diritto primario dedicate nel Trattato CE ai SIEG e dopo aver constatato l'evoluzione nell'approccio della Comunità agli obiettivi del mercato e della solidarietà, è possibile una ricostruzione della nozione di SIEG, utilizzando come parametro guida le pubblicazioni più recenti della Commissione dedicate al tema: il *libro verde sui servizi d'interesse generale* (2003), il *libro bianco sui servizi d'interesse generale* (2004) e la comunicazione *I servizi di interesse generale* (2007)⁹⁵.

Queste pubblicazioni illustrano le tendenze attuali in tema di SIEG, ne precisano i requisiti sulla base delle normative settoriali e delle indicazioni giurisprudenziali, sottolineando gli obiettivi e l'assetto delle azioni della Comunità e degli Stati membri e quindi l'operare del principio di sussidiarietà in questo settore. Forniscono, inoltre, elementi utili per enucleare continuità e differenze con le concezioni del servizio pubblico negli ordinamenti interni e le problematiche legate agli interventi di liberalizzazione. Vengono individuate le iniziative della Commissione per implementare il complesso quadro giuridico e soprattutto per assicurare la coerenza fra azioni degli Stati e della Comunità.

7.1. La nozione.

Le pubblicazioni sono intitolate ai servizi d'interesse generale, ma l'attenzione è concentrata sulla nozione di servizi d'interesse economico generale, che, come si è già sottolineato, è l'unica ad essere espressamente regolata dal Trattato.

I servizi generali sono definiti come l'insieme più ampio che comprende tutti i servizi, economici e non, cui le autorità pubbliche collegano all'attuazione di un interesse generale. Questa nozione è tracciata soprattutto per individuare i confini di applicabilità della disciplina comunitaria.

⁹⁵ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 *I servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270, fin.; Libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse generale, doc. COM (2004) 374 fin.; *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo* COM (2007) 725 fin. del 20/11/2007.

I SIEG sono “servizi di natura economica che, in virtù di un interesse generale, gli Stati membri e la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”⁹⁶; tali obblighi vanno a costituire la nota qualificante di tali attività: l’interesse generale sotteso a queste attività economiche comporta che il fornitore del servizio - alla luce del diritto comunitario è un’impresa quale che ne sia la natura privata o pubblica - ponga in essere l’attività in ossequio a determinati requisiti, che non assumerebbe in condizioni normali di mercato, cioè se non vi fosse l’intervento dell’autorità pubblica⁹⁷, per ragioni legate al costo delle prestazioni o al livello basso della domanda.

La Commissione, sulla scorta di queste definizioni, distingue tre categorie di servizi d’interesse generale⁹⁸: a) i SIEG forniti dalle grandi industrie di rete; b) altri SIEG; c) i servizi non economici.

Come già detto, questa partizione nell’ambito della categoria dei servizi di interesse generale è dettata per individuare la disciplina applicabile: i servizi sub a), oltre alle regole di concorrenza, sono destinatari di un quadro giuridico più complesso legato alla disciplina della rete infrastrutturale; ai servizi sub b) si applicano le regole di concorrenza ed eventualmente altre normative specifiche per il collegamento con altri settori d’intervento comunitario; ai servizi sub c) si applicano le norme comunitarie applicabili alle attività non economiche, quali il principio di non discriminazione, la libera circolazione delle persone e le norme sugli appalti pubblici.

Si tratta ora di definire i ruoli dei due livelli di governo. Dall’esame delle due norme del Trattato CE, in particolare dall’articolo 16, si ricava che la materia è

⁹⁶ Libro Verde cit., punto 17.

⁹⁷ Alcuni autori, come W. SAUTER, op. cit. p. 167 ss.; P. NICOLAIDES, *The Economics of Services of General Economic Interest*, in M. SANCHEZ RYDELSKY, op. cit., p. 575 indicano come elemento implicito della nozione il riferimento a situazioni di *market failure*. W. SAUTER mette in luce, in una logica tendente ad una affermazione rigorosa del *proportionality test*, che l’autorità, prima dell’imposizione di obblighi di servizio pubblico, debba valutare la presenza di soluzioni rispondenti alle regole di mercato.

⁹⁷ Come esplicitano il libro verde del 2003 al punto 77, il libro bianco al par. 3.1., la comunicazione del 2007 par. 2 p. 4.

⁹⁸ Nella comunicazione del 2007 la distinzione si riduce a quella fra servizi economici e servizi non economici, in linea con il disposto del Protocollo n. 9 allegato al Trattato di Lisbona.

retta dal principio di sussidiarietà: sono gli Stati membri a definire le missioni di interesse generale e quali attività economiche sono SIEG⁹⁹.

La Commissione vigila, così come prevede l'articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE, con un grado di pervasività che varia a seconda dell'attività considerata e del significato dato al test di proporzionalità, che tali scelte siano conformi al Trattato. Quindi, se nota qualificante dei SIEG è l'obbligo di pubblico servizio, sono gli Stati membri, considerati anche nelle loro articolazioni interne, a definire tali prestazioni.

Si può affermare che l'autonomia degli Stati membri nella definizione e nell'organizzazione dei SIEG è relativa poiché è necessario il confronto con un importante *corpus* normativo della Comunità: oltre alle regole di concorrenza, le norme comunitarie in tema di politica sociale, di ambiente, di sanità, di reti transeuropee, di industria, di coesione economica e sociale, di fiscalità¹⁰⁰.

Se ciò da un lato complica il quadro giuridico e il riparto di competenze e richiede un delicato intervento di coordinazione e cooperazione affidato alla Commissione, dall'altro lato pone in luce come nel sistema complessivo si siano recepiti tanto la flessibilità della nozione quanto la sua trasversalità, confermando la volontà di considerare i servizi in una prospettiva più ampia, connessa al modello europeo di società, in cui si integrino mercato, solidarietà e cittadinanza. Ciò porta a comprendere perché, tanto nel libro bianco del 2004 quanto nella comunicazione del 2007¹⁰¹, l'attenzione della Commissione è posta sul pregnante concetto di "responsabilità comune" in tema di SIEG.

⁹⁹ Si veda *supra* paragrafi 3 e 4.

¹⁰⁰ In senso conforme le conclusioni di G. F. CARTEI ne *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 1219. L'A. parla di applicazioni "ambigue" delle sussidiarietà comunitaria che comportano che la disciplina dei SIEG sia modellata sulle risultanze delle scelte prese in ambito comunitario e che residui pertanto un ambito regolatorio limitato per lo Stato, sottoposto comunque al vaglio della giurisprudenza comunitaria. Questo limite alla discrezionalità statale, tuttavia, scongiura il rischio di reintroduzione di forme di interventismo statale che, nonostante la neutralità dell'ordinamento comunitario in tema, vengono considerate poco efficienti. L'A., infine, nota che l'autonomia statale è ulteriormente erosa, negli ordinamenti degli Stati membri con autonomie territoriali costituzionalmente previste, in presenza di riserve di competenze alle entità sub-statali.

¹⁰¹ Cfr. Libro bianco, par. 2.3; Comunicazione *I servizi d'interesse generale* (2007), cit., par. 2.

7.2. Gli obblighi di servizio pubblico.

Si è visto come la nota qualificante i SIEG sia l'obbligo di servizio pubblico che consente l'attuazione dell'interesse generale insito nello svolgimento dell'attività economica considerata. La Commissione¹⁰², data l'impossibilità, ed anche l'inutilità, di una nozione esaustiva, ne specifica i più importanti, presenti in tutte le attività finora considerate SIEG. La nota comune a tutti questi obblighi può rilevarsi nel fatto che essi coniugano al tempo stesso obiettivi di efficienza economica, coesione sociale e territoriale e sicurezza dei cittadini.

L'obbligo principale è senz'altro l'universalità del servizio: si impongono requisiti finalizzati ad ottenere che siano poste in essere prestazioni di un livello qualitativo adeguato agli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica. Le attività devono essere svolte con una copertura territoriale totale e ad un prezzo accessibile: si rende effettivo l'accesso del cittadino-utente al servizio poiché il servizio è messo a disposizione dell'intera collettività.

L'universalità del servizio è anche essa una nozione duttile poiché può coesistere con diverse strutture di mercato e con differenti modalità organizzative di gestione del servizio, adattandosi inoltre alle evoluzioni politiche, sociali, economiche e tecnologiche. Alcuni autori sono portati ad identificare la nozione di servizio universale con quella di SIEG. Tale identificazione non tiene conto che, malgrado nella maggior parte delle situazioni le imprese incaricate di SIEG siano assoggettate all'obbligo di universalità, vi sono casi in cui ciò non accade¹⁰³.

¹⁰² Cfr. Libro verde par. 3, p. 16 ss.

¹⁰³ Tra gli autori che ritengono che SIEG e servizio universale si sovrappongono si possono citare A. KNAUL, F. PEREZ FLORES, in J. FAULL, A. NIPKAY (a cura di) *The EC Law of Competition*, 2007, Oxford, p. 1747, i quali parlano di "overlapping term". Mentre A. TAMBURRANO, A. VALLETTA in G. CASSANO, R. MARRAFFA (sotto la direzione di), P. CENDON (a cura di) *La concorrenza*, 2005 Torino, p. 486, riportano la distinzione che appare implicita nel Libro Verde. Questi ultimi autori citano, come esempi dove non si pone l'obbligo di universalità, il settore dell'energia elettrica e del gas naturale, sottolineando che in questi settori l'omogeneità del prodotto non consente l'offerta di prestazioni differenziate. Permane, tuttavia, una certa confusione: l'esempio addotto, infatti, può essere utilizzato anche per sostenere la prima tesi, in quanto servizi per loro natura universali. Peculiare la ricostruzione di F. CINTIOLI, in *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 463 ss., il quale propone due differenti approcci nella classificazione del fenomeno dei servizi generali. Secondo questo A., in un approccio statico al fenomeno, si può distinguere fra servizi economici, quelli liberalizzati e integralmente gestiti secondo le regole di concorrenza; e servizi universali, coincidenti con quelli che negli ordinamenti

L'affermazione di quest'obbligo è emersa con gli interventi di liberalizzazione. Infatti si voleva assicurare che l'ingresso di nuovi operatori in mercati prima chiusi consentisse il mantenimento dei livelli esistenti di accessibilità e qualità; ciò porta all'inserimento di apposite norme nelle direttive di liberalizzazione, ad esempio nel settore delle telecomunicazioni. L'attuazione dell'obbligo di universalità nei settori liberalizzati ha comportato preliminarmente un intervento comunitario volto ad assicurare la costruzione di una rete capillare; successivamente si sono stabilite garanzie di una prestazione adeguata a tariffa minima, in modo da assicurare l'accesso di tutti, in qualunque luogo si trovino, a prestazioni uniformi. Il paradigma dell'universalità, dunque, consiste in condizioni di accessibilità in tutto il territorio, a prestazioni adeguate, anche a livello di prezzo, ed uniformi.

Altro requisito indicato dal libro verde è la continuità: il servizio deve essere fornito senza interruzione. Come esempio si indica la corrispondente norma della direttiva sui servizi postali (articolo 3 direttiva 97/67/CE).

Gli obblighi di servizio pubblico, inoltre, comportano requisiti che dovrebbero assicurare un'adeguata qualità nell'erogazione, così da garantire la sicurezza degli utenti, la correttezza nei rapporti contrattuali, la trasparenza nella tariffazione. Il parametro della qualità è quello che più differisce a seconda delle attività prese in considerazione e della specifica realtà territoriale ed economica in cui deve svolgersi il SIEG.

Nel libro verde si indica anche l'accessibilità delle tariffe¹⁰⁴. Tale obbligo però può considerarsi già ricompreso in quello dell'universalità del servizio. Si specifica che l'accessibilità deve tener conto di condizioni che favoriscano l'accesso alle fasce sociali più disagiate e deve essere accompagnata da adeguati monitoraggi dei prezzi.

Infine la Commissione indica dei parametri atti a configurare ampie condizioni di tutela per gli utenti: livelli di protezione sanitaria e sicurezza fisica adeguata,

a diritto amministrativo vengono fatti rientrare nella nozione di servizi pubblici. Differente è la classificazione se si considera il fenomeno in un approccio dinamico, approccio a parere dell'A. seguito dalle istituzioni comunitarie e dalla giurisprudenza in particolare: ciò che conta nei SIEG sono le interrelazioni fra i due poli della concorrenza e dell'interesse pubblico. Dalle ultime considerazioni è evidente la varietà di opinioni in materia della dottrina: la definizione di SIEG e di servizio universale più aderente all'*acquis* comunitario pare, quindi, quella evidenziata nel testo, ricavata dalle pubblicazioni della Commissione prese in esame.

¹⁰⁴ Libro verde, cit., par. 3.1.4.

trasparenza nelle condizioni e nel rapporto contrattuali con spazi adeguati per l'autonomia privata, disponibilità di mezzi di ricorso giudiziali e non, possibilità di controllo e di partecipazione attiva degli utenti-consumatori tramite forme di consultazione e valutazione.

Si individuano, poi, una serie di obblighi di servizio pubblico ulteriori riferiti alle peculiarità dei SIEG considerati. Tra questi la predisposizione di condizioni legate alla pubblica sicurezza, specie nei settori dell'energia e dei trasporti; la possibilità di accesso alla rete in caso di servizi di rete; il pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa nel caso delle telecomunicazioni.

Il principio di sussidiarietà, si è già detto, comporta che siano gli Stati membri a definire le attività rientranti nella nozione di cui agli articoli 16 e 86, paragrafo 2, Trattato CE e quindi a definire gli obblighi di servizio pubblico di cui dovranno verificare l'attuazione con interventi di monitoraggio adeguati. Nel caso delle industrie di rete, le cd. *essential facilities*, vi sono però interventi di armonizzazione da parte del diritto comunitario per cui gli obblighi di servizio pubblico sono posti dalla Comunità: agli Stati membri spetta un'opera di specificazione ed attuazione e la possibilità di introdurre obblighi addizionali. Naturalmente le scelte statali devono essere in ogni caso conformi all'ordinamento comunitario.

Analoga discrezionalità - nel rispetto delle norme comunitarie - sussiste per quanto attiene alle modalità organizzative della fornitura del servizio¹⁰⁵.

Si deve, infine, notare come queste indicazioni sulla nozione e sui requisiti dei SIEG individuati dalla Commissione trovino una conferma nell'articolo 1 del Protocollo n. 9 annesso al Trattato di Lisbona: i valori comuni dell'Unione in tema di SIEG comprendono la discrezionalità degli Stati membri nella definizione ed organizzazione del servizio; la diversità fra le varie attività rientranti nei SIEG

¹⁰⁵ Un esempio si ricava dal punto 81 del libro verde: la scelta del fornitore di SIEG, se cade su un soggetto terzo, verrà svolta, a seconda dei casi, nel rispetto della norme comunitarie sugli appalti ovvero, laddove tale disciplina non è applicabile, nel rispetto della libertà di stabilimento e di circolazione.

frutto del loro adattarsi alle specificità culturali degli utenti; la garanzia di un accesso universale in condizioni di qualità, sicurezza e parità di trattamento.

7.3. Il finanziamento dei SIEG: cenni alla problematica del rapporto fra le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico e la disciplina degli aiuti di Stato.

A conclusione del quadro generale, per poter poi passare al tema specifico oggetto d'indagine, si deve considerare in che modo l'ordinamento comunitario disciplina il finanziamento dei SIEG.

L'attuazione dell'interesse generale che contraddistingue le attività di SIEG comporta che tali attività vengano svolte con dei requisiti che l'operatore non assumerebbe in condizioni di mercato, poiché lo svolgimento di una tale attività genera costi superiori rispetto alla normale attività d'impresa e dà luogo a prestazioni non remunerative. Questa situazione di limite, per cui il mercato non assicura le prestazioni di SIEG richieste dagli utenti, richiede quindi un intervento dell'Autorità per imporre determinate prestazioni, che si traduce nell'imposizione all'impresa dei menzionati obblighi di servizio pubblico. Tale imposizione si accompagna alla previsione di forme di sostegno finanziario, di compensazione di tali obblighi, in modo tale da consentire che l'impresa incaricata operi in condizioni di equilibrio economico e possa quindi erogare il servizio¹⁰⁶.

Come logica conseguenza dell'applicazione del principio di sussidiarietà nell'individuazione degli obblighi di servizio pubblico, saranno gli Stati membri a definire gli interventi di riequilibrio economico dell'impresa, andando ad individuare apposite forme di finanziamento.

Il libro verde ed il libro bianco elencano una serie di sistemi di finanziamento degli oneri sopportati da un'impresa incaricata di SIEG: l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, cioè riservare all'impresa beneficiaria dei settori di mercato in modo da compensare i settori di attività non redditizi, *i.e.* le prestazioni caratterizzate da

¹⁰⁶ Per la descrizione in termini economici del fenomeno si consideri P. NICOLAIDES, *The Economics of Services of General Economic Interest*, in M. SANCHEZ RYDELSKY (a cura di), op. cit., pp. 575-576.

obblighi di servizio pubblico, con settori che producono profitti¹⁰⁷; il contributo dei partecipanti al mercato; il calcolo di tariffe medie in considerazione dei costi sostenuti; il sostegno finanziario diretto a carico del bilancio statale, in cui rientrano le compensazioni propriamente dette, sussidi ed esenzioni fiscali.

L'intervento finanziario statale, tuttavia, è potenzialmente distorsivo¹⁰⁸ del libero gioco della concorrenza, in quanto può portare ad una posizione di vantaggio dell'impresa beneficiaria di tale sostegno. Per evitare che la concorrenza sia falsata, l'ordinamento comunitario pone, tra le regole di concorrenza, un principio di incompatibilità di interventi finanziari dello Stato, o comunque con risorse statali, favorendo talune imprese. La disciplina è posta dagli articoli 87, 88 ed 89 del Trattato CE.

Occorre pertanto individuare qual è la soluzione dell'ordinamento comunitario al rapporto fra la garanzia dell'adempimento della missione dei SIEG e l'obiettivo di un mercato non falsato da aiuti statali alle imprese: quali sono le condizioni di legittimità di un intervento statale volto a compensare gli obblighi di servizio pubblico assegnati ad un'impresa erogatrice di SIEG; quando può applicarsi la clausola generale di deroga alla concorrenza dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE al divieto dell'art. 87 Trattato CE e quali i poteri della Commissione dinanzi alle scelte delle autorità nazionali?

¹⁰⁷ Si tratta di soluzioni, come si è visto, confermate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia applicando l'art. 86 Trattato CE. Nella più volte citata sentenza *Corbeau*, al punto 16, si ritiene legittima l'attribuzione da parte delle autorità belghe di diritti esclusivi alla *Régie de Poste* in alcuni servizi addizionali. Tale attribuzione consente di compensare i costi dello svolgimento del SIEG dovuti agli obblighi di servizio pubblico (la raccolta e la distribuzione della corrispondenza su tutto il territorio) con i profitti derivanti da tali settori e quindi assicurano che l'impresa operi in condizioni di equilibrio finanziario.

¹⁰⁸ In proposito P. NICOLAIDES, op. cit., p. 577, ritiene in ogni caso distorsivo il sostegno statale alle imprese.

CAPITOLO II
LE CONDIZIONI DI LEGITTIMITÀ DEI FINANZIAMENTI STATALI
ALLE IMPRESE INCARICATE DI SIEG:
LA PROGRESSIVA, E DIFFICOLTOSA, SEDIMENTAZIONE
DELL'ACQUIS.

1. Considerazioni introduttive: la nozione di aiuto di Stato e le compensazioni di obblighi di servizio pubblico.

Oggetto di analisi, dopo aver sinteticamente passato in rassegna la nozione di SIEG, le norme comunitarie pertinenti e la loro rilevanza nella costruzione del Modello sociale europeo, è la verifica, alla luce del diritto comunitario, della legittimità del finanziamento da parte di uno Stato membro di un'impresa incaricata di un SIEG per consentire lo svolgimento di tali prestazioni. Come si è detto, infatti, lo svolgimento di tali attività economiche in attuazione dell'interesse generale della collettività di riferimento non avviene in condizioni normali di mercato: da qui la necessità di un intervento correttivo dell'autorità, consistente nella fissazione di obblighi di servizio pubblico accompagnati da misure di compensazione e di rimborso di tali oneri¹⁰⁹. Si tratta quindi di definire tale intervento economico ai sensi del diritto comunitario, individuando il quadro giuridico di riferimento e soprattutto i poteri ed i limiti all'azione degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie.

La complessità della materia è dovuta al fatto che la progressiva affermazione è avvenuta a seguito di continui *revirements* giurisprudenziali¹¹⁰, che hanno suscitato vari echi nel dibattito dottrinale e politico. Inoltre, soltanto in un secondo momento si è avuto un intervento normativo da parte della Commissione, che, nel

¹⁰⁹ Si deve tener presente che, a causa della crescente liberalizzazione che ha interessato il settore, il finanziamento da parte degli Stati alle imprese incaricate di SIEG tende ad essere prevalentemente svolto tramite compensazioni di carattere finanziario o comunque misure ad esso equivalenti, anziché con l'attribuzione di diritti speciali od esclusivi.

¹¹⁰ Questa considerazione in D. GALLO, *Accesso ai servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato*, in P. DE CATERINI (a cura di), in *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari, 2008, pp. 97-98.

chiarire la logica giurisprudenziale, cui si è adeguata, ha lasciato ancora delle questioni aperte.

Occorre, pertanto, illustrare il percorso di costruzione di tale quadro giuridico, mettendone in luce le criticità e le varie soluzioni prospettate dalle istituzioni comunitarie e dalle autorità nazionali in relazione ai casi più significativi posti al loro esame, a confronto con le opinioni degli studiosi.

Come si è già fatto cenno, questa problematica che ruota attorno ad elementi tecnici ed esegetici comporta valutazioni economiche ed implicazioni politiche di ampio respiro, quale la costruzione del modello europeo di società nell'equilibrio tra le libertà economiche e la protezione sociale, il relativo grado d'intervento dei pubblici poteri nelle attività economiche e soprattutto la possibilità del sistema comunitario di influenzare tali interventi¹¹¹.

Il punto di riferimento è costituito dalla disciplina degli aiuti di Stato, cioè dalle norme poste dagli articoli 87, 88 e 89 del Trattato CE. L'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE pone il principio dell'incompatibilità del trasferimento di risorse finanziarie statali a vantaggio di determinate imprese, falsando il mercato concorrenziale e pregiudicando gli scambi intracomunitari¹¹².

Il divieto è accompagnato da una serie di esenzioni. La prima categoria di esenzioni riguarda gli aiuti indicati dall'articolo 87, paragrafo 2, Trattato CE, considerati *ab origine* compatibili con il mercato comune. La seconda categoria di esenzioni è posta dall'articolo 87, paragrafo 3, Trattato CE che disciplina aiuti che possono essere considerati compatibili dalla Commissione nell'esercizio di una sua valutazione discrezionale. La terza eccezione al principio dell'incompatibilità è

¹¹¹ La presa d'atto delle implicazioni politico-economiche di questa problematica è chiaramente espressa in M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de Droit européen*, 2003, pp. 640-641. Gli autori, nel segnalare la complessità del dibattito, ritengono che la giurisprudenza comunitaria abbia spesso manifestato un approccio per lo più formalistico.

¹¹² Un esame approfondito della disciplina degli aiuti di Stato esula dall'oggetto d'indagine. In estrema sintesi, dall'art. 87, par. 1, Trattato CE si ricavano i criteri che portano a definire un trasferimento finanziario come un aiuto incompatibile col mercato unico: vantaggio per l'impresa destinataria, selettività della misura, imputabilità di essa allo Stato o ad una sua articolazione, uso di risorse pubbliche, effetti distorsivi della concorrenza, effetti sugli scambi intracomunitari. Gli aiuti vanno, pertanto, sottoposti ad un sistema obbligatorio di autorizzazione preventiva amministrato dalla Commissione e, solo in ipotesi particolari, si prevede il coinvolgimento del Consiglio. Per rendere effettivo tale controllo l'art. 88, par. 3, Trattato CE dispone che ogni misura che può costituire aiuto deve essere notificata dallo Stato membro alla Commissione e lo Stato membro deve astenersi dalla sua esecuzione fintanto che la Commissione non si sarà pronunciata.

posta dall'articolo 73 Trattato CE e concerne gli aiuti nel settore dei trasporti, laddove tali interventi statali costituiscano il rimborso di servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio¹¹³.

Infine, l'attenzione deve concentrarsi sulla norma fondamentale per lo statuto dei SIEG: l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE che, come si è ampiamente visto, è da considerarsi come una clausola generale di deroga delle norme del Trattato, alle regole di concorrenza in particolare, in relazione ad imprese incaricate di SIEG, nel caso in cui l'applicazione di tali norme pregiudichi il raggiungimento della missione loro assegnata.

Le condizioni di legittimità del finanziamento di un'impresa incaricata di SIEG vertono dunque sull'interpretazione e l'applicazione combinata dell'articolo 87, paragrafo 1, con l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Occorre, innanzitutto, esaminare le varie soluzioni proposte in dottrina e in seno alle istituzioni comunitarie dal punto di vista del bilanciamento regola/eccezione che orienta le due norme, con particolare riguardo alle implicazioni procedurali e quindi al riparto delle competenze fra Stati membri e Comunità in relazione ai casi concreti in cui si è messo in discussione un intervento statale di finanziamento.

1.1. La *querelle* fra il criterio dell'aiuto di Stato ed il criterio della compensazione.

Il primo punto di partenza dell'analisi va rintracciato in un *dictum* della sentenza *Steinike und Weinlig*¹¹⁴. La Corte di giustizia, interrogata dal giudice *a quo* sulla questione se il divieto posto dall'articolo 87, paragrafo 1, si riferisca soltanto ad imprese private o anche ad enti pubblici senza scopo di lucro, dopo aver richiamato l'articolo 86, paragrafi 1 e 2, Trattato CE afferma che il principio di

¹¹³ Come si è già fatto cenno *supra*, l'articolo 73 Trattato CE è l'unica norma in cui appare un riferimento testuale al servizio pubblico.

¹¹⁴ Sentenza del 22 marzo 1977, *Steinike und Weinling contro Repubblica Federale di Germania*, causa 78/76, in *Raccolta*, p. 595. Il caso di specie riguardava dei contributi imposti ad aziende di trasformazione di prodotti importati nel settore ortofrutticolo, destinati a confluire in un fondo speciale amministrato da un ente pubblico con il compito di finanziare industrie alimentari tedesche. Un'impresa gravata dal contributo ne sosteneva l'illegittimità sia in quanto aiuto incompatibile ai sensi del Trattato CEE, sia in quanto tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale.

incompatibilità di un aiuto statale si applica a tutto il complesso delle imprese, private o pubbliche, con la sola riserva dell'articolo 86, paragrafo 2 Trattato CE¹¹⁵. La criptica affermazione dell'esistenza di una riserva rappresentata dall'articolo 86, paragrafo 2, può interpretarsi, come si sottolinea in dottrina¹¹⁶, tanto nel senso che l'articolo 87 Trattato CE si applichi a tutti gli interventi statali di finanziamento di imprese, ad eccezione di quelli rivolti ad imprese che forniscono SIEG; quanto, con un'interpretazione alternativa, nel significato che il principio di incompatibilità degli aiuti statali, posto dall'articolo 87, riguardi tutte le imprese e l'articolo 86, paragrafo 2, costituisca una deroga ulteriore a quelle previste nell'articolo 87, paragrafi 2 e 3, Trattato CE, per le imprese incaricate di SIEG.

Queste interpretazioni rappresentano le due principali letture che sono state date del finanziamento delle imprese incaricate di SIEG e che si sono alternate nelle pronunce della Corte di Giustizia, del Tribunale di primo grado e nella pratica decisionale della Commissione. Le due interpretazioni proposte dipendono dalla diversa ampiezza attribuita alla nozione di aiuto di Stato.

Se si segue un'interpretazione estensiva, i finanziamenti volti a compensare gli oneri di servizio pubblico sono compresi nel divieto dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Seguendo un'impostazione restrittiva, invece, gli interventi di sostegno finanziario alle imprese incaricate di SIEG non integrano i requisiti richiesti da detta norma, e pertanto non vanno considerati né sottoposti alla disciplina che regola gli aiuti di Stato.

L'interpretazione estensiva è detta "criterio dell'aiuto di stato" o "visione giuridica"; la seconda impostazione, fondata su una nozione restrittiva di aiuto statale *ex* articolo 87, par. 1, Trattato CE, è definita "criterio della compensazione" o "visione economica"¹¹⁷.

¹¹⁵ Sentenza *Steinike und Weinling* cit., punto 18.

¹¹⁶ L'ambiguità dell'affermazione della Corte è sostenuta da E. GROMNICKA, *Service of General Economic Interest in the State Aid Regime: Proceduralisation of Political Choices*, in *European Public Law*, 2005, p. 436. Altri autori, come D. GALLO, op. cit., p. 101, nota 40, ritengono la sentenza *Steinike* esempio dell'applicazione di uno solo dei due criteri possibili, quello cd. "dell'aiuto di Stato".

¹¹⁷ La terminologia utilizzata per definire i due criteri è quella adottata dall'Avvocato Generale Jacobs nelle conclusioni presentate il 30 aprile 2002, nella causa C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. GEMO SA*, *Raccolta*, p. I-13769, punti 94-95. La terminologia "visione giuridica/visione economica" è utilizzata da M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit., p. 646.

In linea generale il primo criterio qualifica tale finanziamento come un aiuto di Stato, poiché in ogni intervento statale si ravvisa comunque un effetto distorsivo del mercato concorrenziale, e di conseguenza tale intervento deve essere sottoposto integralmente al *corpus* normativo comunitario sugli aiuti di Stato, eventualmente applicando le deroghe in esso previste; il criterio della compensazione, invece, si basa sulla considerazione che l'elemento di vantaggio, che consente di affermare l'esistenza di un aiuto statale, è assente nelle compensazioni di obblighi di servizio pubblico posti dallo Stato all'impresa, ragion per cui le misure di compensazione non possono considerarsi aiuti incompatibili, né a maggior ragione sottoporsi alla disciplina che li regola.

2. L'affermazione del criterio dell'aiuto di Stato.

La prima volta¹¹⁸ in cui la Commissione si è dovuta confrontare con una compensazione di obblighi di servizio pubblico è stato nel caso *La Poste* del 1995¹¹⁹, relativo all'esame del regime fiscale delle poste francesi, che prevedeva a favore di queste ultime degli sgravi fiscali.

La Commissione procede con l'analisi di tali misure di vantaggio fiscale, utilizzando la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, valutando se le misure concesse a *La Poste* potessero beneficiare della deroga consentita da detta norma. Tale norma, ponendo requisiti di necessità e proporzionalità esige che non vi sia sovracompensazione, cioè che le risorse statali destinate al finanziamento dell'erogazione di SIEG non vengano utilizzate per finanziare le attività sottoposte integralmente ad un regime concorrenziale, laddove l'impresa operi anche in settori economici ulteriori rispetto ai SIEG, come era il caso di *La Poste*.

La Commissione, quindi, per l'assenza di una contabilità analitica che distingua i costi generati dalle prestazioni di SIEG rispetto a quelli delle altre attività, valuta il rapporto fra i costi aggiuntivi generati dall'obbligo di servizio pubblico posto dallo

¹¹⁸ Vi è, tuttavia, il caso del 7 febbraio 1985, *Procuratore della Repubblica c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, causa 240/83, in *Raccolta*, p. 531, il cui rilievo per la questione in esame, come si espone successivamente, è controverso.

¹¹⁹ Decisione della Commissione dell'8 febbraio 1995 relativa all'aiuto di Stato NN-135/1992 Francia, pubblicata in GUCE del 7 ottobre 1995, serie C 262, p. 11.

Stato francese, individuato essenzialmente nell'universalità del servizio, ed i costi prodotti dalle altre attività, in funzione della porzione di fatturato che esse rappresentano. Da quest'analisi economico-contabile la Commissione nota che il vantaggio fiscale accordato è inferiore ai costi generati dall'erogazione del servizio postale in condizioni di universalità, e di conseguenza non può parlarsi di aiuto *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, poiché non si può affermare l'esistenza di un trasferimento di risorse statali a favore delle attività concorrenziali svolte da *La Poste*.

In questa decisione, dunque, la Commissione adotta un approccio compensativo poiché qualifica come compensazione la misura emessa dallo Stato francese per finanziare il servizio postale in condizioni di universalità.

Non mancano voci che sottolineano la particolarità del percorso argomentativo seguito dalla Commissione. Si può sostenere una certa illogicità nella motivazione poiché viene utilizzato l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE per escludere la qualificazione di un aiuto, mentre si sarebbe dovuto preliminarmente ritenere la misura in questione un aiuto in principio vietato e poi sostenere l'applicazione della norma di deroga prevista da tale disposizione. Secondo chi sostiene quest'opinione¹²⁰, la Commissione avrebbe applicato direttamente la norma derogatoria, senza preliminarmente affermare in via di principio l'applicabilità della norma generale, cioè l'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Secondo altri autori la decisione *La Poste* occuperebbe, nella dialettica fra criteri che si va esponendo, un posto a se stante, in quanto l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, è utilizzato in sede di qualificazione dell'aiuto, distinguendosi tanto dal criterio dell'aiuto di Stato, che postula l'utilizzabilità di tale norma solo in una fase successiva alla qualificazione, ovvero quella dell'esame di un'eventuale giustificazione della misura statale, quanto dall'approccio compensativo "puro", che prescinde affatto dal considerare applicabile a tali misure l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE¹²¹.

¹²⁰ Quest'opinione è espressa da M. DONY, *Les compensations d'obligations de service public*, in M. DONY, C. SMITS (a cura di), *Aides d'Etat*, Bruxelles, 2005, p. 112. La critica mossa dall'A. pare avvicinarsi, come si vedrà, a quella condotta dal Tribunale di primo grado nel giudizio sull'impugnazione della decisione della Commissione.

¹²¹ Questa lettura in D. GALLO, *op. cit.*, p. 100, nota 39.

Il medesimo risultato emerge nella decisione della Commissione del 7 novembre 1996¹²² in cui si esclude la qualificazione come aiuto di Stato di finanziamenti devoluti dallo Stato portoghese all'emittente radiotelevisiva pubblica *RTP*. A differenza della decisione relativa al caso *La Poste*, la Commissione, nell'escludere che i finanziamenti in oggetto, in quanto equivalenti all'ammontare dei costi effettivi sopportati per svolgere le obbligazioni di pubblico servizio attribuite all'emittente, si riferisce direttamente all'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Dalla breve rassegna compiuta si coglie come la Commissione abbia adottato una prospettiva improntata al cd. criterio della compensazione: le misure statali di sostegno finanziario, in presenza di obblighi di servizio pubblico legati a prestazioni di SIEG, laddove limitate a compensare i costi indotti da questi ultimi, non costituiscono aiuti di Stato e sono compatibili con il Mercato comune.

Questa impostazione viene smentita una volta sottoposta al vaglio dei giudici del Tribunale di primo grado. Invero, la decisione della Commissione relativa al caso *La Poste* viene impugnata, in un ricorso *ex* articolo 230 Trattato CE, da un'associazione di compagnie francesi d'assicurazione, concorrenti di *La Poste* in tale settore¹²³. I ricorrenti chiedevano l'annullamento della decisione con cui la Commissione negava la qualità di aiuti ai vantaggi fiscali accordati dallo Stato francese a *La Poste*, ritenendo erroneo il calcolo svolto dall'istituzione per quantificare i costi addizionali inerenti l'esercizio delle prestazioni di SIEG e non sufficiente ad escludere il rischio di sovvenzioni incrociate e quindi la natura di aiuto vietato dello sgravio fiscale in esame.

Il Tribunale, anzitutto, rileva che la Commissione, in quanto procede all'esame del comportamento degli Stati membri in relazione all'applicazione delle regole di concorrenza alle imprese pubbliche e alle imprese incaricate di SIEG esercita un potere di sorveglianza *ex* articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE, norma che consente

¹²² La decisione è pubblicata in GUCE del 4 marzo 1997, serie C 67, p. 10.

¹²³ Sentenza del Tribunale di primo grado 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*, causa T-106/95, in *Raccolta* 1997, p. II-229.

a detta istituzione un margine ampio d'apprezzamento discrezionale, soprattutto quando, sottolinea il Tribunale, ricorrono fatti economici complessi quali la determinazione degli extra-costi di servizio pubblico a carico di un'impresa incaricata di SIEG. Di conseguenza, è stata ritenuta corretta la valutazione contabile compiuta dalla Commissione¹²⁴. Tuttavia, in relazione all'applicazione fatta dalla Commissione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE per escludere la qualifica di aiuto statale dello sgravio fiscale accordato a *La Poste*, il Tribunale richiama che, conformemente a quanto ha affermato giurisprudenza costante, il principio di incompatibilità posto dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE riguarda tutti gli interventi statali di finanziamento alle imprese che hanno effetti distorsivi sul mercato concorrenziale, non distinguendo le cause e le finalità dell'azione statale¹²⁵.

Gli sgravi fiscali accordati a *La Poste*, poiché pongono tale impresa in condizioni di vantaggio rispetto ai concorrenti, sono aiuti di Stato vietati *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

A questo punto, il Tribunale rileva che si è presenza di una impresa che esercita un'attività qualificata dallo Stato come SIEG e quindi concentra l'attenzione su una possibile applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, così come interpretata nelle sentenze *Corbeau* e *Almelo*. Infatti tale giurisprudenza che ha specificato le condizioni di applicazione di tale deroga alle regole di concorrenza è, secondo la sentenza *FFSA*¹²⁶, applicabile al caso di specie, cioè al sostegno finanziario accordato a *La Poste*.

Il Tribunale dunque specifica che la Commissione, nell'applicare l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, deve verificare se *La Poste* è incaricata di un SIEG, se gli aiuti hanno il solo scopo di neutralizzare gli extra-costi dovuti agli obblighi di pubblico servizio che l'impresa deve rispettare, ed infine se il sostegno statale concesso sia necessario affinché l'impresa beneficiaria operi in condizioni di equilibrio finanziario.

¹²⁴ Sentenza *FFSA*, cit., punti 99-101.

¹²⁵ *Ibidem* punti 167-169.

¹²⁶ Sentenza *FFSA*, cit., punti 170-178.

Dalla decisione impugnata risulta che la Commissione ha verificato tali condizioni ed ha rilevato in particolare che i costi generati dall'obbligo di assicurare una presenza universale sul territorio risultano inferiori al vantaggio fiscale attribuito dallo Stato francese¹²⁷. I giudici del Tribunale confermano, seguendo una differente argomentazione giuridica, la conclusione cui era giunta la Commissione e rigettano il ricorso.

Anche la decisione relativa agli aiuti accordati dallo Stato portoghese all'emittente radiotelevisiva *RTP* viene impugnata. Il Tribunale conferma l'approccio seguito in *FFSA* e ritiene che l'intervento statale rientri in quella nozione obiettiva di aiuto di Stati accolta dal Trattato, ribadendo che lo scopo dell'aiuto volto a compensare gli obblighi di servizio pubblico imposti ad un'impresa incaricata di SIEG può essere apprezzato soltanto in un momento successivo alla qualificazione, per valutare la compatibilità dell'aiuto ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE¹²⁸.

Emerge una piena adesione del Tribunale al cd. criterio dell'aiuto di Stato: il finanziamento di imprese incaricate di SIEG al fine di compensare i costi derivanti dall'adempimento di obblighi di servizio pubblico è un aiuto di Stato in principio vietato *ex art. 87*, paragrafo Trattato CE, in quanto, adottando una nozione che si concentra sugli effetti, si ritiene che tale misura abbia un effetto distorsivo della concorrenza; la finalità di assicurare l'adempimento della missione affidata all'impresa incaricata di SIEG può essere presa in considerazione per giustificare tale intervento statale, dichiarandone la compatibilità ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, se rispetta le condizioni in esso previste.

¹²⁷ *Ibidem* punti 180-181.

¹²⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 maggio 2000, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA contro Commissione*, causa T-46/1997, in *Raccolta* 2000, p. II-2125, punti 82-84. Nel caso di specie il Tribunale annulla la decisione a causa del mancato rispetto dell'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE, non avendo la Commissione aperto la procedura ordinaria d'esame prevista dal paragrafo 2 dello stesso articolo, malgrado le difficoltà di analisi emerse richiedessero tale indagine per pronunciarsi sulla compatibilità dell'aiuto.

2.1. Le implicazioni di carattere procedurale.

Ritenere che il sostegno finanziario accordato da uno Stato membro alle imprese incaricate di SIEG costituisca un aiuto di Stato comporta che esso è sottoposto integralmente a tale disciplina, anche dal punto di vista procedurale. In particolare si applicherà l'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE: gli Stati che intendono accordare un finanziamento ad un'impresa incaricata di SIEG a compensazione degli obblighi di servizio pubblico imposti devono notificare tale piano alla Commissione ed attendere, prima di dare eventuale esecuzione all'aiuto, che quest'ultima ne valuti la compatibilità. Infatti, oltre alle ipotesi specifiche di compatibilità contemplate all'articolo 87, paragrafi 2 e 3, la Commissione potrà statuire la compatibilità dell'aiuto sulla base dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Nella sentenza *FFSA*, come visto, il Tribunale di primo grado specifica le condizioni di applicabilità, rifacendosi all'interpretazione consolidata della norma, per cui, oltre alla verifica dell'effettivo incarico di un SIEG all'impresa beneficiaria, la Commissione dovrà svolgere un test di proporzionalità, considerando se la misura di sostegno è necessaria allo svolgimento della missione d'interesse generale e se essa ha il solo scopo di compensare i costi addizionali, rispetto al bilancio di un'impresa che opera in condizioni normali di mercato, dovuti a tale missione¹²⁹.

Adottando tale criterio, quindi, si attribuisce il confronto tra l'interesse alla garanzia del pubblico servizio, sotteso all'erogazione di un sostegno finanziario all'impresa incaricata di SIEG, e il mantenimento di effettive condizioni concorrenziali nel mercato unicamente alla Commissione, cui il Trattato CE attribuisce il ruolo centrale nell'attuazione del regime degli aiuti di Stato, mediante lo svolgimento di funzioni di controllo e autorizzazione degli aiuti.

¹²⁹ Secondo M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit. p. 657, tale valutazione configura un test di necessità, relativo all'opportunità dell'intervento statale per assicurare lo svolgimento della missione d'interesse generale, unito ad un test di proporzionalità, finalizzato ad escludere che sussistano misure alternative non distorsive della piena concorrenza e che l'equilibrio fra le esigenze del servizio pubblico e quello del libero mercato sia alterato in misura eccessiva. Gli autori sembrano proporre una combinazione delle varie opinioni emerse in dottrina sulle condizioni generali di applicazione della *derogation encadrée* posta dall'art. 86, par. 2, Trattato CE. Si veda *supra* capitolo I.

La competenza della Commissione nel valutare la compatibilità o l'incompatibilità di un aiuto è esclusiva, di conseguenza il rispetto dell'obbligo di previa notifica e di sospensione obbligatoria da parte dello Stato membro a norma dell'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE costituiscono condizioni imprescindibili per l'esercizio di tali attribuzioni. Ciò implica che la Commissione può ingiungere allo Stato membro di sospendere l'erogazione dell'aiuto o di recuperarlo se già versato, fintanto che non si sia pronunciata sulla sua eventuale compatibilità.

Sul piano nazionale, invece, il giudice interno, se chiamato a pronunciarsi su atti che comportano l'esecuzione di tali misure d'aiuto, dovrà, se riscontra il mancato rispetto degli obblighi posti dall'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE, dichiarare l'aiuto illegale, ordinando il suo recupero, eventualmente condannando l'autorità competente a rifondere i danni causati¹³⁰.

La conclusione di sottoporre le compensazioni di servizio pubblico agli obblighi procedurali previsti in materia di aiuti di Stato deriva, quindi, dalla scelta compiuta dalla giurisprudenza *FFSA* di aderire al criterio in esame.

Ciò nonostante questa conclusione sembra contrastare¹³¹ con un *dictum* di tale sentenza, che nel ritenere applicabile la deroga dell'articolo 86, paragrafo 2, per stabilire la compatibilità di un aiuto, afferma che tale deroga possa applicarsi anche al divieto di dare esecuzione all'aiuto ricavabile dal combinato disposto degli articoli 87 e 88, paragrafi 2 e 3, Trattato CE¹³². Quest'affermazione sembra porre in discussione quanto affermato finora e mettere a rischio la coerenza teorica di tale orientamento.

¹³⁰ Ciò deriva dal riconoscimento dell'efficacia diretta all'art. 88, par. 3, Trattato CE, aspetto fondamentale in relazione alla funzione di controllo cui è preposto. Di conseguenza la notifica preventiva e la sospensione dell'esecuzione sono una condizione legale di efficacia del provvedimento nazionale con effetti costitutivi, la cui mancanza è insanabile anche rispetto ad un eventuale esito positivo della procedura di controllo; ma soprattutto, l'inosservanza degli obblighi procedurali da parte del provvedimento nazionale, quindi la sua invalidità, può essere fatta valere dai singoli. Ciò è affermato dalla Corte di giustizia, in particolare, nel cd. caso *Salmon* (sentenza del 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon contro Repubblica francese*, causa C-354/90, in *Raccolta*, p. I-5505, punti 11, 12 e 17).

¹³¹ Lo spunto è indicato in M. DONY, op. cit., p. 118 e in D. GALLO, op. cit., p. 135 ss., il quale, però, analizza tale problematica in relazione al quadro giuridico attuale regolante l'istituto.

¹³² Sentenza *FFSA*, cit., punto 172.

Una prima risposta a tale interrogativo pare giungere dalla sentenza della Corte di giustizia relativa al caso *CELF*¹³³, riguardante le sovvenzioni elargite dal Ministero della Cultura francese ad una cooperativa di editori, aiuto ritenuto dalla Commissione compatibile ma illegale perché non preventivamente notificato. Dinanzi alla Corte, lo Stato francese sostiene principalmente che l'obbligo di previa notifica e il divieto di esecuzione di nuovi aiuti può essere derogato nell'ipotesi in cui all'impresa beneficiaria è applicabile la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE: si afferma un'automatica inapplicabilità dell'obbligo di previa notifica e di *standstill* in caso di aiuti concessi ad un'impresa incaricata di SIEG, quando l'applicazione di tale regime procedurale, in particolare il rispetto dell'obbligo di *standstill*, è suscettibile di ostacolare l'adempimento della missione generale. Secondo il governo francese, pertanto, dalla norma dell'articolo 86, paragrafo 2, discenderebbe uno specifico regime procedurale per le imprese incaricate di SIEG, anche per tener conto dell'esigenza di evitare l'interruzione dello svolgimento di tali servizi.

La Corte di giustizia non applica l'articolo 86, paragrafo 2, ma ritiene l'aiuto compatibile *ex* articolo 87, paragrafo 3, Trattato CE.

La tesi avanzata dallo Stato francese viene smentita. I giudici di Lussemburgo, infatti, ribadendo la funzione di salvaguardia degli obblighi procedurali *ex* articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE rispetto al complessivo sistema di controllo degli aiuti statali e quindi al funzionamento del mercato comune, enunciano l'impossibilità di dissociare l'obbligo di previa notifica dal divieto di esecuzione provvisoria, conclusione valevole tanto più nel caso di specie in cui risultava che lo Stato francese era venuto meno all'obbligo di previa notifica¹³⁴.

Si desume in tal modo che la Corte sostiene l'impossibilità dell'applicazione della deroga dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE agli obblighi procedurali previsti

¹³³ Sentenza 22 giugno 2000, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee. - Aiuto alla Coopérative d'exportation du livre français (CELF)*, causa C-332/98, in *Raccolta*, p. I-4833.

¹³⁴ Sentenza *CELF*, cit. punti 31-33.

nella disciplina degli aiuti di Stato¹³⁵ e così la necessità dell'applicazione integrale del regime ordinario di controllo svolto dalla Commissione in questo settore.

2.2. L'applicazione da parte della Commissione di detto criterio: il caso dei servizi di radiodiffusione pubblica.

La Commissione si adegua rapidamente al nuovo indirizzo giurisprudenziale¹³⁶ e lo applica ai casi che vengono sottoposti alla sua analisi. Il finanziamento alle imprese incaricate di SIEG è considerato un aiuto e le esigenze di garanzia del servizio generale sottese a tale intervento finanziario vengono prese in esame ai fini di un eventuale giustificazione sulla base dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Si può prendere in considerazione come esemplificazione di tale attività la comunicazione riguardante l'applicazione ai servizi pubblici di radiodiffusione delle regole sugli aiuti di Stato¹³⁷. In questa comunicazione, infatti, la Commissione afferma che tutti i trasferimenti di risorse pubbliche ad un'impresa,

¹³⁵ Su questa conclusione derivante dalla sentenza *CELF* si veda M. DONY, op. cit., p. 119 e M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit. pp. 652-653.

¹³⁶ Vi sono divergenze d'opinioni sull'adesione della Corte di giustizia al criterio dell'aiuto di Stato, che, invece si desume chiaramente dalle sentenze del Tribunale di primo grado prese in esame. In particolare si discute se possa essere presa in considerazione a tal proposito l'ordinanza della Corte di giustizia del 25 marzo 1998, con cui si rigetta il ricorso avverso la sentenza *FFSA (FFSA contro Commissione)*, causa C-174/97 P., in *Raccolta*, p. I-1303): secondo M. DONY, op. cit. pp. 121-122, la Corte non si esprime sulla qualifica di aiuto di Stato espressa dal Tribunale, considerando la questione solo dal punto di vista dell'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE; M. MEROLA e C. MEDINA, invece, in op. cit., p. 651, ritengono l'adesione a tale criterio evidente nel fatto che la Corte di giustizia si riferisca alla corretta applicazione fatta dal Tribunale delle condizioni di deroga poste dall'articolo 86, paragrafo 2, e sottolineano come la testuale adesione al criterio possa riscontrarsi anche dall'esame del sommario che precede la pubblicazione dell'ordinanza in *Raccolta*. Anche E. GROMNICKA, op. cit. p. 438, sembra seguire la stessa visione sostenendo che la Corte di giustizia nell'ordinanza ribadisce le condizioni di compatibilità di una misura statale qualificata come aiuto che erano state indicate dal Tribunale.

¹³⁷ Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione*, pubblicato in *GUCE* del 15 novembre 2001, serie C 320, p. 5. La Comunicazione presenta profili d'interesse poiché richiama tanto l'articolo 86, paragrafo 2, quanto l'articolo 16 Trattato CE nel riconoscere il ruolo svolto dai SIEG nel sistema comunitario. Inoltre si prende in considerazione anche il Protocollo n. 32 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri allegato al Trattato CE con il Trattato di Amsterdam, fonte che può considerarsi quasi una *summa* del tema oggetto di analisi che, benché riferito a solo un settore di SIEG, cerca di conciliare nel tema del finanziamento dei servizi la discrezionalità degli Stati membri, la garanzia del servizio pubblico, l'interesse della Comunità a condizioni di sicurezza ed efficienza degli scambi. L'aspetto delle compensazioni di obblighi di servizio pubblico nel settore dei SIEG di radiodiffusione è preso in esame *infra*, capitolo III, paragrafi 6 e 6.1.

anche se destinati a coprire i costi netti di obbligazioni di servizio pubblico, sono considerati aiuti di Stato che possono, però, essere ritenuti compatibili in un esame *ex* articolo 86, paragrafo 2, trattato CE. In particolare, per appurare quando le compensazioni non oltrepassano la soglia dei costi netti, la Commissione stabilisce di prendere in esame i costi netti derivanti dalle missioni di servizio pubblico, tenendo conto di tutte le entrate dell'impresa, compresi i benefici che le attività commerciali traggono dal servizio pubblico, controllando anche che i gestori non effettuino tali ultime attività, non rientranti nel SIEG, ad un prezzo inferiore rispetto a quello praticato da un normale operatore di mercato per ottenere un aumento artificiale dei costi.

Come si vedrà, la questione della determinazione dei costi occupa un ruolo rilevante nella ricostruzione del quadro giuridico e nel dibattito sul modello teorico applicabile e, in ultima analisi, sul sindacato esercitabile dalle istituzioni comunitarie sulle scelte degli Stati membri.

3. La scelta del criterio della compensazione: il caso *Ferring*.

La concezione sinora esposta viene superata dalla Corte di giustizia nel caso *Ferring*¹³⁸.

La Corte è investita di una questione di carattere pregiudiziale avente ad oggetto la natura di aiuto di Stato dell'esenzione, prevista nella legislazione francese, dei grossisti del settore farmaceutico dal pagamento di un contributo sulla vendita di medicinali, cui invece erano sottoposti i laboratori farmaceutici.

La Corte, innanzitutto considera la norma dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, e ritiene elemento essenziale perché possa configurarsi un aiuto di Stato vietato la presenza di vantaggi diretti o indiretti concessi a determinate imprese con risorse statali. Seguendo tale definizione, l'esenzione di alcune imprese dal pagamento di un contributo può astrattamente configurare un aiuto vietato.

Questa conclusione sarebbe applicabile al caso di specie se i grossisti del settore farmaceutico non fossero gravati da obblighi di servizio pubblico. Infatti,

¹³⁸ 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.

dall'esame della legislazione francese rilevante in materia, risulta che i grossisti, a differenza dei laboratori farmaceutici con cui concorrono nel settore della vendita dei medicinali alle farmacie, sono gravati da obblighi di servizio pubblico attinenti alla disponibilità di un determinato assortimento di specialità medicinali in grado di assicurare la consegna in tempi brevissimi a tutte le farmacie presenti in una determinata porzione del territorio statale. Di conseguenza, tale imposizione genera nel bilancio dei grossisti distributori dei costi addizionali rispetto alla normale attività di vendita; quindi l'esenzione da tale contributo, se effettivamente equivalente ai costi sostenuti, costituisce una mera contropartita delle prestazioni imposte nell'esercizio di un'attività di SIEG, qual è la vendita di medicinali. Perciò, afferma la Corte di Lussemburgo, stante l'assenza di un vantaggio, non si è in presenza di un aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE¹³⁹.

La Corte considera, poi, in relazione alla domanda pregiudiziale del giudice *a quo*, la questione dell'applicabilità dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE: tale norma non è applicabile laddove risulti che l'intervento statale ecceda i costi aggiuntivi derivanti dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico¹⁴⁰.

Si tratta di un vero e proprio *revirement*¹⁴¹ rispetto ai casi *FFSA* e *SIC* del Tribunale di primo grado, con conseguenze affatto alternative rispetto all'impostazione precedente sui rapporti fra Stati membri e Comunità.

Dal punto di vista dell'inquadramento teorico generale, il criterio della compensazione è incentrato sul concetto di *contropartie*¹⁴²: l'intervento statale di

¹³⁹ Sentenza *Ferring*, cit. punti 22-28.

¹⁴⁰ Sentenza *Ferring*, cit. punti 32-33.

¹⁴¹ La natura di *revirement* rispetto a tale pronuncia può essere contestata. Infatti la Corte di giustizia nella sentenza *Ferring* al paragrafo 26 richiama come prova di continuità nella sua giurisprudenza il caso del 1985 *ADBHU* (sentenza del 7 febbraio 1985, *Procureur de la République contro Association de défense des brûleurs d'huiles usagées- ADBHU*, causa 240/83, in *Raccolta*, p. 531) in cui si negava la natura di aiuto di Stato di un'indennità prevista da una direttiva comunitaria a favore delle imprese incaricate della raccolta e smaltimento degli oli usati in quanto costituiva "contrepartie" di tali prestazioni. Altri, come D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 902, nota 29, A. ALEXIS, *L'arrêt Altmark du 24 juillet 2003*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003, p. 3, L. MALFERRARI, *Aiuti di Stato, vantaggi fiscali e servizi pubblici*, in *Il diritto industriale*, 2002, p. 164, concordano con la Corte di giustizia e individuano l'origine del criterio della compensazione in tale pronuncia; altri, come M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit. p. 658, rifacendosi alle opinioni espresse dall'Avvocato generale Léger alla successiva sentenza *Altmark*, negano che il caso *ADBHU* abbia questa rilevanza trattandosi di un'ipotesi specifica in cui una norma di diritto derivato imponeva agli Stati membri un sostegno finanziario come incentivo alle imprese. Tale ultima considerazione anche in M. DONY, op. cit. p. 121 ed in E. GROMNICKA, op. cit. p. 442.

finanziamento va a coprire i costi generati dalle prestazioni imposte dal perseguimento dell'interesse generale. Presuppone, quindi, una relazione di equivalenza fra l'ammontare dei costi e l'ammontare del finanziamento erogato. Inoltre, questa concezione, come si ricava dalla sentenza *Ferring* ed anche dalle conclusioni generali al caso presentate dall'Avvocato generale Tizzano, cui la Corte di giustizia si è pienamente allineata, si fonda sull'accoglimento di una nozione di aiuto di Stato inteso come elargizione di un vantaggio diretto o indiretto ad una determinata impresa.

Quando l'ammontare dei costi addizionali equivale al finanziamento accordato dallo Stato membro si può sostenere l'assenza di vantaggio per l'impresa destinataria ed escludere la presenza di un aiuto vietato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, lo Stato realizza così un intervento nel mercato con caratteristiche di neutralità dal punto di vista economico, anzi da considerarsi funzionale a restaurare condizioni di equilibrio alterate dall'imposizione di oneri di servizio pubblico¹⁴³. L'intervento statale è costituito, allo stesso tempo, dall'imposizione di tali prestazioni e dall'erogazione di un finanziamento.

Ben si comprende, quindi, come la scelta della Corte di giustizia nel caso *Ferring* possa riferirsi alla teoria dell'investitore privato in un'economia di mercato: lo Stato, come qualsiasi operatore economico, acquista i servizi pubblici, come ogni altro bene economico, sul mercato e ne paga il prezzo, costituito dalle compensazioni di servizio pubblico.

Come si è detto i risvolti materiali e procedurali dell'adozione dell'ottica della compensazione sono significativi.

Poiché tale visione conduce ad escludere a priori che il finanziamento di imprese incaricate di SIEG possa qualificarsi come aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE il riferimento a tale disciplina è eliminato in radice. Ciò, in particolare, comporta che gli Stati non sono tenuti a notificare le misure di

¹⁴² Sentenza *Ferring*, cit. punto 27.

¹⁴³ Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano dell'8 maggio 2001 al caso *Ferring SA contro Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, causa C-53/00, in *Raccolta*, p. I-9067, punti 60-61.

finanziamento¹⁴⁴, né ad attendere, prima di porre in essere atti d'esecuzione, che la Commissione si pronunci.

Inoltre, non applicandosi le norme sugli aiuti, non v'è motivo di ricorrere alla deroga consentita dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, che, specifica la Corte¹⁴⁵, non può essere utilizzata per giustificare compensazioni eccedenti i costi addizionali derivanti dalle obbligazioni di servizio pubblico, in quanto tali costi non possono ritenersi necessari in vista dell'adempimento della missione di interesse generale inerente la prestazione di SIEG.

L'aspetto centrale del nuovo approccio della Corte, in conclusione, è rappresentato dal fatto che la verifica dell'equivalenza fra costi e compensazioni, necessaria per escludere la presenza di una misura qualificante un aiuto statale, è rimessa all'apprezzamento del giudice nazionale.

3.1. Le conseguenze dell'approccio *Ferring* ed i relativi rilievi critici.

La soluzione offerta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Ferring*, soprattutto nelle sue conseguenze materiali e procedurali, è stata oggetto di prese di posizione discordanti, che è utile ripercorrere per sottolineare l'importanza e valutare gli sviluppi raggiunti con la successiva pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Altmark Trans*, su cui si basa fondamentalmente il quadro giuridico attuale del finanziamento delle imprese incaricate di SIEG nel sistema comunitario.

Nell'illustrazione può essere proficuo riferirsi al giudizio fortemente critico nei confronti del criterio della compensazione elaborato dall'Avvocato generale Léger nelle sue due conclusioni presentate al caso *Altmark*¹⁴⁶, sulle quali si sono messe a

¹⁴⁴ L'Avvocato generale Tizzano, nelle Conclusioni al caso *Ferring* al punto 71, afferma con chiarezza che non si pone alcun obbligo di notifica preventiva alla Commissione. Inoltre, prosegue l'Avvocato generale, quantunque la Corte scegliesse di aderire alla tesi consegnata dal Tribunale in *FFSA*, l'omissione di tale obbligo non comporterebbe l'illegalità dell'aiuto, stante l'inapplicabilità della giurisprudenza *Salmon* ai casi rientranti nella norma di deroga dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE (punti 76 ss.).

¹⁴⁵ Sentenza *Ferring*, cit. punti 32-33.

¹⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale del 19 marzo 2002 e del 14 gennaio 2003, relative al caso *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in presenza di Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, causa C-280/00, in *Raccolta* 2003, p. I-07747. Pare opportuno riferirsi alle critiche dell'Avvocato generale, anche per segnalare, come si è fatto *supra*, la dialettica e le differenti posizioni sul tema, non soltanto, come è consueto, nel dibattito culturale o nei rapporti fra Stati membri e istituzioni, ma anche all'interno

confronto, per allinearsene o discostarsene, le varie opinioni della dottrina giuridica sul tema.

3.1.1. La nozione di vantaggio economico.

La critica dell'avvocato Léger si muove principalmente sulla nozione di aiuto di Stato che la sentenza *Ferring* adotta, ritenuta in contrasto con quella stabilita nel Trattato CE così come interpretata da costante giurisprudenza comunitaria in tema di aiuti, cui invece si conformano le sentenze *FFSA* e *SIC* del Tribunale di primo grado con la loro adesione al criterio dell'aiuto di Stato.

Il Trattato, secondo Léger, avrebbe accolto una nozione di tipo obiettivo di aiuto di Stato, considerando vietati tutti gli interventi statali con effetti distorsivi del mercato concorrenziale. Al contrario, i giudici nel caso *Ferring* avrebbero preso le distanze da questa interpretazione e avrebbero fondato la loro decisione su una qualificazione giuridica erronea quando sono stati chiamati a valutare l'esenzione da un contributo concessa dallo Stato francese ai grossisti del settore farmaceutico. Infatti, la loro decisione avrebbe confuso logicamente le operazioni ermeneutiche di definizione di una misura statale come aiuto, analisi preliminare da svolgere secondo l'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, e quella, successiva, di un'eventuale sua giustificazione, da condurre secondo un esame dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

La Corte di giustizia ha sì condotto un'analisi articolata in due fasi, ma ha preso in esame unicamente la norma dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE: dapprima ritiene astrattamente idonea l'esenzione ad integrare gli estremi di un aiuto vietato, poi esclude tale qualità sulla base della constatazione della presenza di obblighi di servizio pubblico¹⁴⁷.

alle stesse istituzioni comunitarie, di cui ne sono riprova le opinioni differenti fra i due organi giurisdizionali e fra gli Avvocati generali chiamati a pronunciarsi sulla materia.

¹⁴⁷ Conclusioni del 19 marzo 2002 al caso *Altmark*, punti 74-78. Su questa visione concordano: M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit. pp. 670-671 che escludono che la definizione di aiuto possa dipendere dalla questione dell'esistenza di un vantaggio, anche se sottolineano che la nozione di aiuto basata sugli effetti è comunque frutto di una costruzione giurisprudenziale; C. RIZZA, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN, *The Law of State Aid in the European Union*, 2005, Oxford, pp. 73-74, il quale istituisce un parallelo con la

Si può, però, obiettare che l'esclusione della qualità di aiuto non è dovuta in considerazione della sua funzione, ma a causa dell'assenza di un vantaggio nell'intervento statale, che è nel caso *Ferring*, come sottolinea l'Avvocato Tizzano, economicamente neutro¹⁴⁸.

Secondo Léger, anche nel determinare il vantaggio sotteso alla fattispecie di aiuto vietato, la Corte si sarebbe discostata dal sistema del Trattato in tema di disciplina degli aiuti di Stato. Nel caso *Ferring*, invero, si condivide una concezione netta del vantaggio, per cui si ha un aiuto soltanto se residua una differenza fra l'ammontare del sostegno accordato dallo Stato e le prestazioni imposte in capo al beneficiario. Al contrario la disciplina degli aiuti di Stato si reggerebbe su di una impostazione lorda dell'aiuto, per cui in sede di definizione di una misura statale si considera soltanto l'ammontare del sostegno finanziario accordato. La contropartita, ossia gli obblighi imposti in capo al beneficiario, vanno esaminati per valutare la sussistenza di un'ipotesi di compatibilità dell'aiuto, tenendo conto delle norme che prevedono eccezioni al principio posto dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Nell'opinione dell'Avvocato generale, infatti, le ipotesi di compatibilità di un aiuto sottintendono una contropartita in capo al beneficiario, dovuta alla presenza di un obiettivo ulteriore, rispetto a quello del libero mercato, di cui la Comunità si fa interprete. Se così non fosse, tutte le norme derogatorie dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE diverrebbero superflue¹⁴⁹.

L'opinione espressa nella sentenza *Ferring* circa l'assenza di un vantaggio reale è tuttavia sostenuta da autori che pongono in luce come un'interpretazione coerente dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE implichi la presenza di un vantaggio vero

giurisprudenza in tema di deroghe alla disciplina della concorrenza per sottolineare l'incoerenza dell'approccio seguito nel caso *Ferring* nel valutare la giustificazione come elemento della definizione; infine N. LINDNER, *The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law*, in *European Law Review*, 2003, p. 361, per il quale la Corte di giustizia avrebbe implicitamente inserito la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE nell'interpretazione dell'articolo 87, paragrafo 1, confondendo fra la regola generale e l'ipotesi di esenzione.

¹⁴⁸ Tale obiezione espressa da D. GALLO, in DE CATERINI (a cura di), op. cit., p. 105, il quale si rifà all'impostazione dell'Avvocato Tizzano richiamata nel testo (e riferita anche *supra*), per cui l'intervento statale di finanziamento si compone necessariamente dell'imposizione di obblighi e della concessione di compensazioni, aspetti che non possono essere esaminati disgiuntamente.

¹⁴⁹ Conclusioni del 14 gennaio 2003 al caso *Altmark*, punti 31-46. In particolare sull'articolo 86, par. 2, Trattato CE i punti 79-82 delle conclusioni del 19 marzo 2002, esaminate *infra*.

e proprio per l'impresa beneficiaria¹⁵⁰ e mettono in evidenza l'esistenza di una distinzione fra le contropartite sottese alle varie ipotesi di deroga. Infatti, mentre la contropartita richiesta al beneficiario dell'aiuto, che rientra nelle ipotesi di eccezione al divieto posto dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, comporta una scelta volontaria da parte dell'operatore economico di porre in essere una determinata prestazione, nel caso delle compensazioni di servizio pubblico si è in presenza di un obbligo che grava sull'impresa erogatrice di SIEG, che non sarebbe stato assunto in condizioni normali di mercato e in assenza di un intervento statale di definizione. L'effettivo beneficiario dell'aiuto, in caso di obblighi di servizio pubblico, non è in tal modo l'impresa, ma l'intera collettività cui afferisce l'interesse generale attuato con la prestazione del servizio¹⁵¹.

Altri autori, al contrario, sostengono che tale visione contrasti con la prassi effettiva ed è foriera di un rischio di interpretazioni contrastanti in tema di aiuti di Stato tra il settore dei servizi pubblici, in cui si dovrebbe accertare la presenza di un reale vantaggio in capo all'impresa, e gli altri settori in cui possono aversi delle misure di sostegno finanziario alle imprese, dove l'elemento del vantaggio viene ritenuto intrinsecamente presente nell'intervento statale preso in esame¹⁵².

3.1.2. La determinazione dei costi.

Una questione ulteriore che è stata messa in discussione rispetto all'approccio seguito dalla sentenza *Ferring* è l'affermazione che l'equivalenza fra costi addizionali e ammontare delle compensazioni escluda a priori ogni vantaggio per l'impresa incaricata di SIEG.

¹⁵⁰ Così L. Malferrari, *Aiuti di Stato, vantaggi fiscali e servizi pubblici*, in *Il diritto industriale*, 2002, p. 165.

¹⁵¹ La distinzione è sostenuta da D. Gallo, op. cit., p. 106; M. Dony, op. cit. pp. 132-133, la quale descrive l'impresa beneficiaria di compensazioni di pubblico servizio come "intermédiaire" nell'adempimento della missione di interesse generale. Anche J-M. Thouvenin, M-P. Lorieux, *L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 Altmark*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2003, p. 639, criticano la tesi dell'Avvocato Léger ritenendola eccessiva.

¹⁵² Tale opinione è espressa da M. Merola, C. Medina, op. cit. pp. 668-669, i quali, a sostegno della loro visione, si riferiscono al settore delle partecipazioni statali, degli aiuti ambientali e delle transazioni commerciali dello Stato. Inoltre, per gli A., la teoria del vantaggio netto o reale si basa sul significato che il linguaggio comune attribuisce a tale termine e non ad una nozione tecnica, come richiede la disciplina degli aiuti di Stato.

Questo rapporto non può prescindere da una preliminare determinazione dei costi che l'impresa incaricata di SIEG ha affrontato nello svolgere la sua attività, aspetto trascurato, seguendo tale linea argomentativa, dalla Corte. Infatti, in un'analisi che tenga conto della teoria economica¹⁵³, i costi variano in relazione all'andamento della domanda e solo una parte di essi, i costi fissi, sono determinabili a priori. In aggiunta, la Corte non ha considerato che incidono su tale determinazione le strategie aziendali, le caratteristiche della prestazione ed anche il mercato di riferimento di tali servizi. In sostanza la Corte avrebbe fornito un criterio avulso dalla realtà economica e, soprattutto, non in grado di assicurare che l'impresa beneficiaria del sostegno finanziario non riceva alcun vantaggio. L'incoerenza della scelta affermata in *Ferring* è tanto più grave se si considera che non incentiva l'efficienza delle imprese sul mercato, richiedendo soltanto che vi sia equivalenza fra costi e sostegno finanziario, senza chiedersi se tali costi sono tutti necessari ai fini dell'esecuzione delle prestazioni di SIEG.

L'approccio *Ferring*, fondato sull'equazione assenza di costi - assenza di vantaggio¹⁵⁴, porterebbe a non ritenere contrari al mercato comune misure statali con effetto chiaramente distorsivo delle condizioni di concorrenza.

L'errore di fondo in cui sarebbe incorsa la Corte di giustizia deriverebbe dal non aver preso in considerazione la possibilità che il mercato offra spontaneamente i servizi richiesti dalla collettività, valutazione che, nell'adozione del criterio dell'aiuto di Stato, sarebbe stata compiuta nell'esercizio del test di necessità e proporzionalità richiesto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Tale tesi sembra, tuttavia, trascurare la specificità degli obblighi di servizio pubblico inerenti ai SIEG, che distinguono tali attività da quelle soltanto commerciali e che richiedono interventi statali distinti rispetto ad altre ipotesi di regolazione del mercato¹⁵⁵.

¹⁵³ Queste note critiche sono svolte da P. NICOLAIDES, *Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgment*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 313 ss.

¹⁵⁴ E. SZYSZCZAK, *Financing Services of General Economic Interest*, in *The Modern Law Review*, 2004, p. 987, si riferisce a vantaggi economici non misurabili in termini finanziari, quali la realizzazione di economie di scala o il vantaggio commerciale, ad esempio in termini di immagine, che un'impresa attiva anche in settori aperti al mercato concorrenziale ricava dall'incarico di SIEG.

¹⁵⁵ P. NICOLAIDES, op. cit. pp. 317-318, si chiede il perché non vengano attribuite compensazioni in tutte le altre ipotesi in cui lo Stato interviene a regolare l'attività d'impresa, in quanto questi

3.1.3. L'investitore privato in economia di mercato.

L'Avvocato generale Léger, inoltre, contesta la validità della scelta emersa nella sentenza *Ferring* anche in riferimento alla teoria dell'investitore privato in economia di mercato. Infatti, le parti ed alcuni Stati membri¹⁵⁶ intervenuti nel caso *Altmark* sostengono la validità del criterio della compensazione in ossequio a tale criterio: lo Stato nel finanziare i SIEG si comporta come un normale operatore privato e perciò paga un giusto prezzo, la compensazione, per i beni che acquista, i servizi pubblici. Di conseguenza non si configura un aiuto vietato se lo Stato effettivamente corrisponde il giusto prezzo, pari all'ammontare dei costi addizionali sostenuti per lo svolgimento delle obbligazioni di servizio pubblico. Il criterio nasce, nella pratica della Commissione, per accertare se la partecipazione statale al capitale di un'impresa integri un aiuto vietato ed è stato applicato successivamente ad altri settori d'intervento statale anche dalla giurisprudenza comunitaria, che, nello stabilire se la misura presenti un elemento di aiuto, considera se un operatore privato di dimensioni paragonabili a quelle dell'ente pubblico avrebbe investito risorse finanziarie alle stesse condizioni. Quest'ottica, secondo Léger, è inapplicabile al caso del finanziamento dei SIEG. In verità, la validità di tale criterio si esaurisce alle situazioni in cui l'intervento dello Stato è puramente economico, in cui non può riconoscersi una diversità di trattamento tra l'intervento dello Stato come soggetto economico nel mercato e quello di un qualsiasi altro soggetto che in esso operi. Le attività di SIEG, secondo l'Avvocato Léger, non rientrano in quest'ambito, ma fanno parte degli atti d'imperio esercitati dallo Stato. Il finanziamento dei SIEG costituirebbe un tipico atto d'imperio, che sfugge pertanto all'apprezzamento secondo un criterio, che potrebbe dirsi giusprivatistico, quale quello dell'investitore privato in un economia di mercato¹⁵⁷.

interventi comportano dei costi addizionali per l'attività normale d'impresa. Secondo l'A. ciò potrebbe indurre gli Stati membri a porre in essere pratiche elusive dell'articolo 87, par. 1, Trattato CE.

¹⁵⁶ Francia, Germania, Spagna.

¹⁵⁷ Conclusioni del 14 gennaio 2003, punti 15-27.

Alcuni commentatori¹⁵⁸ concordano con la visione espressa da Léger, ritenendo non paragonabile l'acquisto da parte dello Stato di beni e servizi come un normale operatore economico ai casi in cui lo Stato interviene per attuare la garanzia dei servizi pubblici. Infatti, non possono paragonarsi i servizi pubblici a comuni beni economici, in quanto l'intervento dello Stato in questo settore avviene laddove il mercato non è in grado di assicurare, nelle sue condizioni normali, tali prestazioni; non può ritenersi una normale transazione commerciale il finanziamento di un'impresa, dopo aver imposto unilateralmente delle obbligazioni¹⁵⁹.

Tale posizione, tuttavia, non spiega perché, quando lo Stato opera a tutela dell'interesse generale riceve un trattamento giuridico deteriore, o quanto meno più gravoso, mentre, nei casi in cui viene integralmente raffrontato ad un operatore privato nel mercato, ottiene comunque un'esenzione dalle regole di concorrenza poiché si esclude a priori che esso ottenga un vantaggio¹⁶⁰.

3.1.4. I poteri di controllo della Commissione.

Altro aspetto ritenuto problematico nella sentenza *Ferring* è il rischio di un affievolimento del controllo delle politiche degli Stati membri nei loro interventi di sostegno finanziario alle imprese. Il rischio paventato si eviterebbe se si continuasse ad accogliere il criterio dell'aiuto di Stato, poiché gli interventi degli Stati membri in tale settore sarebbero sottoposti ad un controllo efficace, incardinato sull'esame della Commissione. Rileva l'Avvocato Léger che si è stabilita con il criterio della compensazione una certa flessibilità in merito: si dovrà verificare soltanto che si è in presenza di obblighi di servizio pubblico definiti dall'autorità nazionale e che l'entità del finanziamento non superi l'ammontare dei costi, verifiche che non avranno più la Commissione come protagonista, in contrasto non solo con gli articoli 87 e 88, Trattato CE, ma anche con il dovere di vigilanza che è posto dall'articolo 86, paragrafo 3, a tale

¹⁵⁸ Il riferimento è a M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit. pp. 675-677.

¹⁵⁹ Tale ultimo aspetto è indicato da N. LINDNER, op. cit. p. 364.

¹⁶⁰ Questa logica argomentativa in D. GALLO, in P. DE CATERINI (a cura di), op. cit. p. 105.

istituzione per verificare l'applicazione delle norme di concorrenza da parte degli Stati alle imprese pubbliche ed alle imprese incaricate di SIEG¹⁶¹.

In particolare ci si riferisce all'esenzione dall'obbligo di notifica preventiva che incombe sugli Stati membri in virtù dell'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE, che deriverebbe dalla scelta effettuata nel caso *Ferring*. L'esclusione di quest'obbligo procedurale, che nell'economia del Trattato CE è finalizzato ad assicurare l'attuazione del principio posto dall'articolo 87, paragrafo 1, condurrebbe al diffondersi di pratiche elusive in tale materia, anche in ipotesi non legate al finanziamento e funzionamento dei servizi generali. La funzione preventiva dell'obbligo procedurale verrebbe in questa maniera totalmente cancellata¹⁶², senza considerare l'esautoramento della Commissione nell'attuazione delle regole di concorrenza.

Si è rilevato, d'altro canto, come questi timori possano essere considerati eccessivi; infatti, tenendo conto della prassi manifestatasi, i casi più importanti in questo settore non sono giunti tramite notifica da parte degli Stati interessati ma attraverso ricorsi avviati, ex articolo 230 o 232 Trattato CE, da imprese private¹⁶³.

3.1.5. Il ruolo delle giurisdizioni interne.

Aspetto più complesso pare quello del ruolo del giudice nazionale dinanzi a finanziamenti statali di carattere compensativo degli oneri di servizio pubblico di un'impresa incaricata di SIEG. Infatti, come conseguenza dell'esclusione della disciplina degli aiuti anche dal punto di vista procedurale, e quindi del venir meno di una competenza della Commissione delineata come esclusiva, i giudici nazionali sono chiamati ad applicare il criterio della compensazione, nel senso che la valutazione dell'equivalenza fra costi sopportati dall'impresa e ammontare del

¹⁶¹ Conclusioni del 19 marzo 2002 al caso *Altmark*, punti 89-92.

¹⁶² Concordano con la critica di Lèger su tale aspetto, in particolare, A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p. 239; C. RIZZA, op. cit. pp. 75-76, il quale fa notare il contrasto con la giurisprudenza *CELF* cit., in cui la Corte di giustizia aveva posto in luce la funzione di salvaguardia della norma dell'articolo 88, par. 3, Trattato CE e degli obblighi collegati di previa notifica e *standstill*.

¹⁶³ L'obiezione è espressa da D. GALLO, in DE CATERINI op. cit. pp.107-108; A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 360.

finanziamento tale da escludere la natura di aiuto di Stato spetta, come indica la Corte nel caso *Ferring*¹⁶⁴ e più esplicitamente l'Avvocato generale Tizzano nelle sue conclusioni¹⁶⁵, alle corti interne.

Il ruolo attribuito alle giurisdizioni nazionali viene salutato da alcuni commentatori¹⁶⁶ con favore, in quanto consente di tener conto di esigenze di celerità e snellezza nell'esecuzione dei servizi pubblici e non esclude, in ogni caso, una valutazione da parte della Commissione, poiché, laddove ravvisi situazioni dubbie, essa può chiedere chiarimenti agli Stati membri interessati. Di conseguenza gli Stati verrebbero sottoposti, comunque, ad un controllo *ex post*, tanto da parte dei giudici interni, quanto dalla Commissione, nei casi che possono apparire incerti rispetto alla loro conformità al sistema comunitario.

Alcuni autori¹⁶⁷, tuttavia, sottolineano le inadeguatezze delle giurisdizioni nazionali a compiere valutazioni economiche complesse quali quelle richieste in tali fattispecie, competenze di cui invece è dotata la Commissione, d'altronde l'unica ad avere una visione globale delle pratiche nazionali sul tema ed a poter compiere una valutazione fra l'interesse alla garanzia del servizio pubblico e quello del mercato interno. Inoltre, si considerano anche problematiche relative alla tutela dei terzi interessati, specie dal punto di vista di un onere della prova particolarmente gravoso su di essi incombente, quale la prova che l'intervento statale realizza una sovracompensazione a favore di un'impresa.

Da un punto di vista più generale, si sottolineano¹⁶⁸ le difficoltà di sostituire ad un sistema di controllo centralizzato incardinato nella Commissione, e quindi nel

¹⁶⁴ Sentenza *Ferring*, cit. punto 28.

¹⁶⁵ Conclusioni al caso *Ferring*, cit. punti 53 ss. Si noti che l'Avvocato generale Tizzano estende questa conclusione anche all'accoglimento del criterio dell'aiuto di Stato, ritenendo l'articolo 86, par. 2, Trattato CE dotato di efficacia diretta *in subiecta materia*. Su tale ultima considerazione si veda *infra* in relazione agli esiti sul tema derivanti dalla successiva sentenza *Altmark* e dall'intervento normativo della Commissione.

¹⁶⁶ Così L. Malferrari, op. cit. pp. 165-166.

¹⁶⁷ La prospettiva esposta nel testo è portata avanti da M. Merola, C. Medina, op. cit. pp. 679-686.

¹⁶⁸ Su tali considerazioni si veda soprattutto E. Gromnicka, op. cit. pp. 440-441 e 445-448. L'A. si concentra sugli effetti del venir meno della sinergia fra il controllo *ex ante* condotto dalla Commissione in tema di aiuti di Stato ed il ruolo complementare delle giurisdizioni nazionali nella stessa materia, vista come unica soluzione in grado di garantire effettività alle disposizioni del Trattato, essendo dubbia la possibilità che tale efficienza venga raggiunta con un sistema di controllo *ex post* in cui gli Stati non sono tenuti alla notifica e alla sospensione. In questa linea argomentativa, l'A. afferma che le compensazioni a beneficio di un'impresa incaricata di SIEG non

controllo giurisdizionale della Corte di giustizia e del Tribunale, uno decentrato affidato al giudice nazionale. Il riferimento alla valutazione del pregiudizio degli scambi comunitari non potrebbe essere apprezzato e, poiché il controllo sarebbe soltanto *ex post*, il giudice nazionale non potrebbe più applicare misure di carattere cautelare, quale la sospensione del finanziamento. Tali considerazioni originano dal fatto che, in tema di aiuti di Stato, il ruolo delle giurisdizioni nazionali è complementare ai meccanismi di attuazione e controllo posti dal Trattato: il giudice nazionale può stabilire se vi è un aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, e può dichiarare un aiuto illegale, adottando i provvedimenti consequenziali in merito, ma non può valutarne l'eventuale compatibilità che è rimessa all'apprezzamento esclusivo delle istituzioni comunitarie.

I rischi di insicurezza giuridica, condividendo tali conclusioni, sembrano aumentare.

3.1.6. Il principio dell'effetto utile e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

L'aspetto che, però, appare di maggiore importanza in un approccio critico al criterio della compensazione elaborato in *Ferring* è l'impossibilità di applicare *in subiecta materia* l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Infatti, nella sentenza *Ferring*¹⁶⁹, sottolinea Léger¹⁷⁰, tale norma è privata di ogni effetto utile, non applicandosi né quando l'entità del finanziamento è pari all'ammontare dei costi poiché non si è in presenza di un aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, quindi di una norma di concorrenza derogabile; né quando il finanziamento ecceda i costi sostenuti, poiché questa situazione non può integrare il requisito di necessità nell'adempimento del SIEG posto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE¹⁷¹.

necessitano di deroghe alla procedura ordinaria applicata. Su tale ultimo aspetto possono considerarsi le soluzioni avanzate dall'Avvocato Léger nelle conclusioni presentate il 14 gennaio 2003 al caso *Altmark*, punti 63-71.

¹⁶⁹ Sentenza *Ferring*, cit. punti 32-33.

¹⁷⁰ Conclusioni del 19 marzo 2002, punti 79-82.

¹⁷¹ Su tale aspetto si noti l'opinione di L. MALFERRARI, op. cit. p. 166, il quale, da un lato guarda con favore la scelta della Corte nei confronti del criterio della compensazione, dall'altro critica l'interpretazione che la stessa Corte ha proposto dell'articolo 86, par. 2, Trattato CE, poiché è possibile che l'esecuzione di obblighi di servizio pubblico renda necessario compensare l'impresa

Sembra, sulla base di tali considerazioni, che i criteri ricavabili dall'interpretazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE siano utilizzati nella valutazione dell'esistenza di un vantaggio, sebbene quest'ultima norma non sia invocata a supporto dell'argomentazione.

Tutto ciò porta a delineare una situazione complessa dal punto di vista dell'applicazione delle norme del Trattato, con un quadro giuridico dai confini incerti e di sicuro non coerenti.

Possono delinearci, a questo punto, due ricostruzioni sulla sorte dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. In una prima ipotesi aderente alle conclusioni della sentenza *Ferring*, la norma in questione non sarebbe applicabile al tema del finanziamento delle imprese incaricate di SIEG, contrariamente al dato letterale. Una seconda impostazione potrebbe prospettare un'efficacia diretta della norma e la sua applicazione da parte del giudice nazionale quando si trovi a dover valutare se la compensazione equivale ai costi addizionali, il che richiederebbe che il giudice valutasse preliminarmente l'impossibilità di applicare le norme degli articoli 87, paragrafi 2 e 3, Trattato CE, la cui valutazione però rientra nella discrezionalità della Commissione¹⁷².

Le due prospettive segnalate sono ovviamente non soddisfacenti. Occorre ora considerare se le tappe successive della costruzione di un quadro giuridico per il finanziamento dei SIEG abbiano risolto tale nodo gordiano.

4. Il criterio «*quid pro quo*» proposto dall'Avvocato generale Jacobs.

Prima di considerare la sentenza *Altmark*, la quale, come si è accennato, pone i fondamenti della disciplina del finanziamento di SIEG, occorre considerare un terzo criterio proposto nella dialettica sul tema scaturita con la sentenza *Ferring*: il

obbligata anche al di là dei costi, situazione non contrastante con la norma in esame. L'A. ritiene, infatti, che dall'art. 86, par. 2, non si ricavi un divieto assoluto di sovracompensazione.

¹⁷² Tali interrogativi sono posti da M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit. pp. 678-679. L'aspetto per cui, nel caso *Ferring*, i criteri dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato siano stati utilizzati per applicare la norma dell'articolo 87, paragrafo 1, è segnalato da N. LINDNER, op. cit. p. 361, già considerato *supra*.

criterio cd. “quid pro quo” proposto dall’Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni al caso *GEMO*¹⁷³.

L’Avvocato generale Jacobs ritiene entrambi i criteri emersi, quello dell’aiuto di Stato e quello della compensazione, inadeguati e ne propone un terzo che mutua aspetti dell’uno e dell’altro¹⁷⁴.

Nei casi in cui si è in presenza di un finanziamento di imprese incaricate di SIEG occorre distinguere il caso di specie a seconda della natura del rapporto tra il finanziamento e gli obblighi di servizio pubblico imposti dallo Stato e da quanto chiaramente tali obblighi sono definiti.

Nel caso in cui vi sia un nesso diretto e palese fra gli obblighi imposti all’impresa incaricata di SIEG l’intervento statale di finanziamento, cioè un chiaro rapporto *do ut des* fra la prestazione dello Stato e quella dell’impresa, il criterio da applicare è quello della compensazione, per cui tali misure non costituiscono aiuti vietati¹⁷⁵.

Nella situazione in cui, invece, il nesso fra finanziamento ed obblighi di servizio pubblico è vago e gli obblighi di pubblico servizio non risultano in modo chiaro, si dovrà applicare alla misura statale di finanziamento il criterio dell’aiuto di Stato, eventualmente valutando la compatibilità dell’aiuto ai sensi dell’articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Tale approccio diversificato, secondo l’Avvocato generale Jacobs, è conforme alla giurisprudenza in tema di aiuti di Stato, per cui in presenza di misure statali di finanziamento in un quadro in cui vi sono obblighi e diritti reciproci per le parti, occorre una considerazione globale della situazione in esame: così, laddove si riscontri un nesso diretto e palese fra diritti ed obblighi, questi due aspetti costituiscono un’unica misura in cui non si può scindere l’aspetto di vantaggio da quello dell’obbligo, presupposto dell’applicazione del criterio della compensazione.

¹⁷³ Conclusioni presentate dall’Avvocato generale Jacobs il 30 aprile 2002 al caso *Ministère de l’Économie, des Finances et de l’Industrie contro GEMO SA*, causa C-126/01, *Raccolta*, p. I-13769. Il caso verteva sulla questione se costituisse aiuto il finanziamento da parte dello Stato francese di imprese incaricate della raccolta e smaltimento dei rifiuti pericolosi dei macelli e delle carcasse di animali da allevamento. La sentenza della Corte del 20 novembre 2003 stabilisce trattarsi di un aiuto di Stato, ma non esamina la questione legata alla presenza o meno di un servizio pubblico.

¹⁷⁴ Conclusioni al caso *GEMO* cit., punti 118-129.

¹⁷⁵ L’esempio tipico, secondo Jacobs, è il contratto di servizio pubblico.

Inoltre, il criterio *quid pro quo* sfugge alle obiezioni che incontrano i due criteri elaborati e può considerarsi un riconoscimento della valenza riconosciuta ai SIEG nel sistema comunitario dall'articolo 16 Trattato CE; senza considerare che, secondo Jacobs, tale proposta di sintesi dei due approcci spiega le soluzioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria che ha oscillato fra i due criteri.

Inoltre si tiene conto del fatto che non necessariamente nella prestazione di SIEG gli Stati utilizzano procedure pubbliche di aggiudicazione, e quindi il criterio in analisi potrebbe porsi come incentivo al ricorso a tali procedure in vista di una sempre maggiore trasparenza nell'uso delle risorse pubbliche e nei rapporti fra Stato ed imprese.

Malgrado tale criterio sia stato sostenuto anche da un altro degli Avvocati generali chiamato ad esprimersi¹⁷⁶ nonché da alcuni Stati membri intervenuti nel caso *Altmark*¹⁷⁷, la proposta dell'Avvocato generale Jacobs è stata contestata da più parti.

Innanzitutto può dirsi che la distinzione proposta non va nella direzione della certezza del diritto, in quanto l'elemento fondamentale su cui si poggia, il nesso diretto e palese fra obbligazioni e finanziamento, non sembra assumere contorni definiti, con il rischio di soluzioni diverse da caso a caso, senza considerare l'influenza anche delle diverse pratiche nazionali in materia, in assenza di un'indicazione *tranchante* da parte della Corte di giustizia¹⁷⁸.

Inoltre, come puntualizza l'Avvocato Léger nelle seconde conclusioni al caso *Altmark*¹⁷⁹, anche tale criterio, come quello della compensazione, si pone in contrasto con la nozione di aiuto di Stato incentrata sugli effetti. Se si seguisse l'Avvocato Jacobs, la presenza di un aiuto di stato andrebbe definita soltanto in base a parametri di tipo procedurale e formale, i quali, in un'interpretazione aderente al sistema del Trattato CE, non vanno presi in considerazione per stabilire

¹⁷⁶ Adotta lo stesso approccio *quid pro quo* l'Avvocato generale Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 7 novembre 2002 al caso *Enirisorse S. p. A. contro Ministero delle Finanze*, cause riunite C-34/01-38/01, *Raccolta*, p. I-14243, punti 152-161. In particolare al punto 157, l'Avvocato generale ritiene che il criterio del nesso diretto e palese asseconi la natura evolutiva della nozione di SIEG, fornendo un criterio di valutazione flessibile e conforme alla convinzione che la gestione adeguata dei SIEG non richiede necessariamente la presenza di una procedura di aggiudicazione.

¹⁷⁷ Si tratta della Danimarca, dei Paesi Bassi e del Regno Unito.

¹⁷⁸ Questi rilievi in E. GROMNICKA, op. cit. p. 450, oltre che nelle conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 14 gennaio 2003 al caso *Altmark*.

¹⁷⁹ Conclusioni al caso *Altmark* del 14 gennaio 2003, punti 79-84.

l'esistenza di un aiuto, ma in una valutazione successiva per giudicare di una loro eventuale compatibilità.

Da tali considerazioni, quindi, pare che gli Stati membri vengano forniti di un'ulteriore possibilità di pratiche elusive del divieto di cui all'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE poiché si introduce con l'elemento del nesso una maggiore discrezionalità sulla sussistenza di un obbligo di previa notifica alla Commissione degli interventi statali di finanziamento, individuati soltanto sulla base di parametri formali¹⁸⁰.

5. Il punto di svolta: la sentenza *Altmark*.

Il punto di riferimento fondamentale¹⁸¹ nella ricostruzione del quadro giuridico applicabile al finanziamento da parte degli Stati membri di imprese incaricate di SIEG viene posto dalla sentenza *Altmark*, pronunciata dalla Corte di giustizia in udienza plenaria il 24 luglio 2003¹⁸². La Corte era chiamata a prendere una posizione chiara nel dibattito apertosi con la sentenza *Ferring*. Significativo è, d'altro canto, il fatto che la Corte abbia riaperto la procedura orale invitando gli Stati membri e le istituzioni a manifestare il loro punto di vista¹⁸³.

5.1. I fatti di causa.

Il caso riguarda delle concessioni e delle sovvenzioni accordate ad una compagnia che esercitava il servizio di trasporto pubblico locale, l'*Altmark Trans*, nella circoscrizione tedesca di Stendal, nel *Land* del Magdemburgo. Una concorrente

¹⁸⁰ In particolare su questa considerazione C. RIZZA, op. cit. pp. 80-81. L'A. critica tanto il criterio *quid pro quo* quanto quello della compensazione per il venir meno della funzione preventiva dell'obbligo di previa notifica e *standstill* posti nella disciplina degli aiuti.

¹⁸¹ Sottolineano l'importanza di tale pronuncia J-M. THOUVENIN, M-P. LORIEUX, op. cit., p. 633, paragonandola ad altre « *pierres de touche* » dell'ordinamento comunitario, come *Costa-Enel* o *Van Gend and Loos*. Gli A. mettono in luce come la pronuncia *Altmark* sia emblematica della tendenza propria del sistema comunitario a progredire, in periodi di stasi o di dubbi a livello politico, grazie a pronunce giurisprudenziali evolutive e *tranchantes*.

¹⁸² 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-07747.

¹⁸³ La Corte di giustizia ordina il 18 giugno 2002 la riapertura della trattazione orale della causa.

della *Altmark Trans*, esclusa da tali concessioni, lamentava che l'autonomia finanziaria, come prescritta dal quadro normativo applicabile, dipendeva da sovvenzioni provenienti dal *LandKreis* di Stendal. I giudici *a quo* si interrogano sulla legittimità di tali sovvenzioni pubbliche in relazione alle norme comunitarie applicabili al caso posto alla loro attenzione ed investono della questione la Corte. Essa atteneva all'interpretazione delle norme degli articoli 87, paragrafo 1, e 73 Trattato CE e del regolamento CEE n. 1191/69, riguardante la politica comune dei trasporti.

Innanzitutto la Corte, in presenza di norme di diritto primario e di diritto derivato astrattamente concernenti il caso di specie, ne precisa il rispettivo ambito di applicazione e pone in luce che il regolamento 1191/69 prevede una deroga generale alla sua applicabilità da parte degli Stati membri in relazione ad imprese esercitanti servizi di trasporto urbano, extraurbano o regionale. La Corte puntualizza che gli Stati membri nel fruire di tale deroga devono attenersi al principio di certezza del diritto: il giudice *a quo* dovrà valutare se il legislatore nazionale, avvalendosi della deroga, l'attuò in modo chiaro e preciso.

Nel caso in cui la normativa nazionale di deroga non rispetti tali condizioni di certezza giuridica, il giudice *a quo* dovrà risolvere il caso di specie applicando integralmente il regolamento; in caso contrario, laddove il legislatore tedesco abbia attuato la deroga in conformità al principio di certezza del diritto e il regolamento non si applichi, deve considerare la normativa nazionale alla luce delle norme di diritto primario e pertanto valutare il caso controverso tenendo conto dell'interpretazione fornita dalla Corte dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE¹⁸⁴.

Dopo aver svolto queste considerazioni preliminari, la Corte si concentra, dunque, sulla legittimità delle sovvenzioni pubbliche destinate a compensare gli oneri di servizio pubblico imposti all'impresa fornitrice.

L'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE pone l'incompatibilità di un intervento finanziario statale che costituisca un vantaggio per l'impresa beneficiaria. In

¹⁸⁴ Sentenza *Altmark* cit. punti 38-66. Questo *dictum* della sentenza, attinente alla terza questione pregiudiziale posta dal giudice *a quo*, deve essere considerata anche per l'individuazione della portata applicativa dell'articolo 73 Trattato CE *in subiecta materia*. Su tale questione si veda *infra*.

conformità alle pronunce della Corte nei casi *ADBHU* e *Ferring*, non sussiste tale vantaggio nel caso in cui le sovvenzioni statali mirano ad una compensazione diretta delle prestazioni effettuate per assolvere gli obblighi di servizio pubblico imposti all'impresa. Non essendovi un elemento costitutivo della fattispecie, non si è in presenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'ordinamento comunitario¹⁸⁵.

Tuttavia, la possibilità che un intervento statale di finanziamento venga considerato una contropartita diretta a compensare obblighi di servizio pubblico, richiede il rispetto di una serie di presupposti: l'impresa deve essere incaricata effettivamente di obblighi di servizio pubblico, chiaramente definiti; i parametri di calcolo devono essere obiettivi e trasparenti; la compensazione non può eccedere i costi sostenuti nell'assolvimento degli obblighi, considerando tanto gli introiti quanto un utile ragionevole per l'impresa; l'impresa incaricata deve essere scelta mediante una procedura pubblica di aggiudicazione ovvero, in caso contrario, il livello di compensazione deve essere quantificato sulla base di un'analisi dei costi, comprensivi di un margine di utile ragionevole, di un'impresa media, efficientemente gestita e dotata di mezzi aziendali adeguati, per l'adempimento delle prestazioni costituenti obblighi di servizio pubblico¹⁸⁶.

Il mancato rispetto di una o più condizioni comporta che l'intervento statale di finanziamento venga qualificato come un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE¹⁸⁷.

5.2. Conferme e novità nella sentenza *Altmark*: analisi delle condizioni della compensazione.

Le scelte della Corte di giustizia nel caso *Altmark* pongono un punto fermo nella *querelle* fra i due criteri interpretativi, con la conferma dell'approccio emergente dalla sentenza *Ferring* ma in una precisa individuazione dei suoi parametri applicativi.

¹⁸⁵ *Ibidem* punti 83-87.

¹⁸⁶ Sentenza *Altmark* cit. punti 88-93.

¹⁸⁷ *Ibidem*, punto 94.

Si configura un approccio condizionato al criterio della compensazione, del quale è necessario definire la portata, chiarendo i punti fermi ed evidenziando gli aspetti irrisolti desumibili dalla pronuncia *Altmark*.

In generale si deve notare che la sentenza *Altmark* costituisce un ovvio tentativo di chiarificazione del quadro giuridico, indirizzando gli Stati membri a scelte di trasparenza ed efficienza. Si è infatti sostenuto che questa pronuncia, pur ribadendo la validità teorica dell'approccio della compensazione, abbia fornito un rigido inquadramento di tale schema ponendo condizioni stringenti affinché gli Stati membri possano fruire di un maggiore spazio di manovra nella loro attività di finanziamento rispetto a quello che si avrebbe sottoponendo tale attività all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato.

La risposta principale che la Corte offre è che il finanziamento di imprese incaricate di SIEG non costituisce un aiuto di Stato per l'assenza di una reale condizione di vantaggio. Si recepisce il fondamento della teoria della compensazione, senza però giustificarla o prendere posizione sulle critiche mosse a tale concezione "netta" del vantaggio¹⁸⁸. Questa affermazione viene, infatti, accompagnata dall'enumerazione di una serie di condizioni, che vanno a definire la nozione di compensazione. Il rispetto cumulativo delle condizioni *Altmark* è il presupposto che consente di definire una compensazione di obblighi di servizio pubblico che non è un aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

La prima condizione pone un requisito di carattere formale: l'incarico effettivo ad un'impresa di obblighi di servizio pubblico chiaramente definiti. Si pone un principio di trasparenza, escludendo una definizione di prestazioni di servizio pubblico successiva rispetto all'erogazione del finanziamento. Si delinea, pertanto, un limite alla libertà degli Stati membri di definire i SIEG, risultante dal riparto delle competenze *ex* articolo 16 Trattato CE, con la necessaria eleborazione di un quadro giuridico predefinito rispetto all'erogazione del finanziamento¹⁸⁹. Tale

¹⁸⁸ La Corte, invero, riprende quasi testualmente i punti 26 e 27 della sentenza *Ferring* cit.

¹⁸⁹ Al contrario N. TRAVERS, *Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 390, ritiene che la Corte non abbia inteso limitare l'apprezzamento discrezionale degli Stati membri nel definire i SIEG, richiedendo soltanto un requisito di natura formale.

esplicita indicazione nel senso della trasparenza¹⁹⁰ è posta nell'interesse dello Stato membro ma anche delle imprese incaricate, la cui attività trova luogo in un rapporto chiaramente definito con il pubblico potere. La condizione consiste nella presenza di un atto ufficiale pubblico da cui risultano la missione d'interesse generale attribuita ed in particolare gli obblighi di servizio pubblico¹⁹¹. Sarà il giudice interno a verificare tale parametro.

Taluni autori ravvisano in questa condizione la trasposizione del criterio "quid pro quo" teorizzato dall'Avvocato Jacobs, in cui si richiede un nesso diretto e palese fra le obbligazioni di servizio pubblico e l'intervento finanziario statale erogato all'impresa¹⁹².

La seconda condizione prevede che i parametri di calcolo della compensazione vengano preliminarmente definiti in modo obiettivo e trasparente. Questa condizione risulta essere il portato di una logica di contrattualizzazione del rapporto fra Stato membro ed impresa incaricata di SIEG e, così come la prima condizione, tale definizione preliminare di un aspetto fondamentale del rapporto

¹⁹⁰ A. ALEXIS, *L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2004: la Cour de justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003, p. 4, fa notare che quest'esigenza è già presa in considerazione dal diritto derivato, in particolare il regolamento (CEE) n. 1191/69 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obbligazioni inerenti alla nozione del servizio pubblico nell'ambito dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile – tra l'altro oggetto della questione pregiudiziale rivolta alla Corte nel caso *Altmark* – impone agli Stati membri che vogliono imporre obblighi di servizio pubblico la stipula di un contratto di servizio pubblico con le imprese interessate.

¹⁹¹ In particolare E. GROMNICKA, op. cit. pp. 454-455, ripercorre le difficoltà applicative derivanti da tale requisito, soprattutto per il fatto che esse comportano un limite alla facoltà degli Stati membri nel definire i SIEG. L'autrice si interroga sull'estensione dei poteri di controllo che spettano al giudice comunitario, riferendosi come guida ad una relazione della Commissione del novembre 2002, il *Rapporto della Commissione sui servizi di interesse generale ed aiuti di Stato*, considerabile come una raccolta di buone pratiche presentata dalla Commissione prima che la Corte di giustizia si pronunciasse sul caso *Altmark*. Lo stesso documento è richiamato da M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 144 nota 80. Occorre notare che gli elementi enucleati dalla Commissione in detto documento, in relazione al requisito della chiara definizione del SIEG, trovano una testuale conferma nel «pacchetto Monti», su cui infra, par. 7.

¹⁹² Così E. GROMNICKA, op. cit. pp. 454-455. Secondo F. LOUIS, A. VALLERY, *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2004, p. 72, non solo la prima condizione *Altmark*, ma tutte le quattro condizioni individuate in detta pronuncia, possono considerarsi un tentativo della Corte di giustizia di precisare e dare un contenuto al criterio del nesso diretto e palese proposto dall'Avvocato generale Jacobs. La stessa considerazione è manifestata da A. FRATINI, F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2003, p. 1208, i quali pongono in rilievo che il sinallagma nella prospettazione dell'Avvocato generale Jacobs aveva una caratterizzazione astratta, mentre con le condizioni *Altmark* tale rapporto acquista una dimensione concreta.

realizza gli interessi tanto del soggetto gestore, che programma adeguatamente la propria attività d'impresa, quanto del soggetto pubblico, contribuendo ad un migliore controllo del funzionamento di tali imprese e della loro efficienza¹⁹³. Inoltre, una preliminare determinazione dei parametri di calcolo consente anche di affrontare quelle situazioni in cui è particolarmente difficoltoso prevedere l'ammontare dei costi sopportati da un'impresa.

Seppure ad una prima lettura la condizione appaia condivisibile nel merito, essa pone dei problemi di natura applicativa. Innanzitutto, non si stabilisce cosa debba intendersi per parametro.

Alcuni commentatori, in particolare, pongono in luce che è stato indicato un requisito nebuloso che non assicura in ogni caso l'assenza di un vantaggio¹⁹⁴. La Corte muove dal presupposto che la definizione preliminare in modo obiettivo e trasparente dei parametri di calcolo escluda in radice la possibilità di pagamenti che costituiscano sovracompensazioni, non tenendo conto che tutto dipende dalla metodologia di calcolo che si adotta. Potrebbe, pertanto, prospettarsi l'ipotesi che le giurisdizioni nazionali ritengano soddisfatta tale condizione anche in presenza di parametri di calcolo che sopravvalutano i costi sostenuti dall'impresa ai fini del calcolo della compensazione, il criterio su rivela così soltanto un requisito di natura formale che lo Stato membro deve soddisfare. Il principio di trasparenza cui la condizione si ispira è un mezzo di controllo, non può essere una norma materiale: questo aspetto sembra sfuggire all'analisi della Corte¹⁹⁵.

La Corte, nell'enunciare la seconda condizione, precisa che le compensazioni da parte di uno Stato membro delle perdite subite senza che vi sia una preliminare definizione dei parametri, quando risulta che la gestione dei servizi cui incombono obblighi di servizio pubblico è stata deficitaria, costituisce un aiuto di Stato vietato ex articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE¹⁹⁶. Quest'aspetto è sicuramente criticabile poiché si concentra soltanto sul momento temporale della definizione dei parametri, richiedendo una definizione *ex ante* per il soddisfacimento della

¹⁹³ L'osservazione è suggerita da A. ALEXIS, op. cit. pp. 4-5.

¹⁹⁴ In questo senso N. TRAVERS, op. cit. pp. 390-391; M. DONY, op. cit. pp. 135-136; A. SINNAEVE, op. cit. p. 356.

¹⁹⁵ Così M. DONY, op. cit. p. 135.

¹⁹⁶ Sentenza *Altmark*, cit. punto 91.

condizione¹⁹⁷; inoltre, l'assunto della Corte non tiene conto del fatto che una gestione finanziaria in perdita può essere causata anche da circostanze non previste¹⁹⁸.

Secondo altri¹⁹⁹, invece, il consentire un finanziamento *a posteriori* di perdite nell'esercizio di SIEG soltanto quando i parametri di calcolo sono stati predeterminati costituisce un perfezionamento dell'approccio compensatorio che assicura che il finanziamento non statale non abbia effetti distorsivi del mercato e sia finalizzato soltanto a rendere effettivo lo svolgimento delle prestazioni di pubblico servizio inerenti ai SIEG.

La terza condizione individuata dalla Corte richiede che la commisurazione della compensazione sia equivalente o inferiore ai costi sostenuti dall'impresa nell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico. Nel calcolo dei costi si considereranno gli introiti derivanti dall'esercizio delle attività di SIEG e di un margine di utile ragionevole. Si ripropone, dunque, il fondamento della teoria della compensazione, per cui il finanziamento non è aiuto soltanto nel caso in cui il suo ammontare non superi i costi che l'impresa ha sostenuto. La Corte, tuttavia, aggiunge due elementi di novità rispetto all'approccio *Ferring*: nel calcolo della compensazione si tiene conto delle entrate complessive derivanti dall'attività di SIEG e si prevede un ragionevole profitto per l'impresa²⁰⁰.

Implicitamente questo requisito contiene il divieto di sovvenzioni incrociate: soltanto una compensazione commisurata ai costi assicura che vi sia un

¹⁹⁷ Così N. TRAVERS, op. cit. p. 391, che desume il soddisfacimento della condizione, in presenza di parametri previamente definiti, anche nei casi in cui la conduzione delle operazioni di SIEG non appare, sin dall'inizio, economicamente praticabile.

¹⁹⁸ Tale aspetto è sottolineato da M. DONY, op. cit. p. 135.

¹⁹⁹ Cfr. J-M. THOUVENIN, M-P. LORIEUX, op. cit. p. 641.

²⁰⁰ A. FRATINI, F. FILPO, op. cit. p. 1210, fanno notare che questo elemento era presente nelle conclusioni dell'Avvocato generale Lenz al caso *ADBHU*, dove si sostiene che la compensazione debba includere un "*reasonable profit*" (Conclusioni presentate il 22 novembre 1984, al caso *ADBHU* cit. pag. 536). Si può porre in rilievo che nelle conclusioni al caso *Gemo*, l'Avvocato generale Jacobs si riferisce ad una adeguata remunerazione nel definire la compensazione che non costituisce aiuto di Stato *ex art. 87, paragrafo 1, Trattato CE*. Nel testo inglese, che è la lingua processuale delle Conclusioni, si legge "*appropriate remuneration*" (Conclusioni al caso *GEMO* cit. punti 94,130,132).

finanziamento dell'attività di SIEG e non delle altre attività svolte dall'impresa, ad esso collaterali o meno, gestite in regime di piena concorrenza²⁰¹.

Il rispetto della terza condizione *Altmark* comporta che l'ammontare della compensazione risulti dalla differenza tra i costi addizionali generati dalle prestazioni di servizio pubblico e le entrate relative a tale attività, cui però va sommato un margine di utile ragionevole²⁰². L'aspetto più interessante sembra essere la definizione di tale elemento, la presenza del quale consente che lo svolgimento di SIEG possa essere effettivamente preso in considerazione da parte di operatori privati che hanno scopo lucrativo, e quindi si rende il SIEG un'attività economicamente appetibile per tali operatori nel mercato, quasi un incentivo per questi ultimi²⁰³.

La Corte, tuttavia, omette di precisare come tale margine ragionevole debba essere determinato dall'autorità statale e se debba essere in ogni caso attribuito all'impresa incaricata anche laddove dallo svolgimento dell'attività di SIEG, seppure ciò comporti un aumento dei costi normali, siano comunque ricavabili dei profitti²⁰⁴. Senza considerare che la Corte non precisa cosa fa parte della nozione di "relativi introiti", adottando una terminologia vaga ed elusiva²⁰⁵.

Il quadro si complica se si tiene conto che la terza condizione deve essere letta in relazione al quarto parametro indicato dalla Corte di giustizia, che si presenta come la più articolata e problematica tra quelle enumerate nel caso *Altmark*.

Essa è formulata in termini alternativi: l'impresa incaricata deve essere individuata sulla base di una procedura pubblica di aggiudicazione ovvero il livello della compensazione deve far riferimento ad i costi che un'impresa media, gestita in

²⁰¹ A. ALEXIS, op. cit. p. 5, ritiene questo criterio conforme alla pratica decisionale della Commissione.

²⁰² Come precisa M. MARTINELLI, op. cit. p. 145 in particolare nota 84. Al contrario F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit. p. 70 non ritengono scontata tale conclusione, visto che la Corte non precisa la nozione di introiti e se in essa vanno considerati anche i benefici indiretti dello svolgimento del SIEG, come possono essere quelli legati alla visibilità dell'impresa o i benefici ricavabili dallo sfruttamento della rete nel caso di *network industries*. La stessa opinione è sostenuta da A. RENZULLI, *Services of General Economic Interest: the Post-Altmark Scenario*, in *European Public Law*, 2008, p. 409, soprattutto in relazione alle difficoltà applicative per i giudici nazionali eventualmente chiamati ad applicare il criterio.

²⁰³ È l'opinione di J-M. THOUVENIN, M-P. LORIEUX, op. cit. p. 641 e di E. SZYSZCZAK, op. cit. p. 989.

²⁰⁴ Così N. TRAVERS, op. cit. p. 391, il quale ritiene forte il rischio che gli Stati membri si avvalgano di tale elemento per giustificare livelli elevati di compensazione.

²⁰⁵ F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit. p. 70.

modo efficiente ed adeguata di mezzi, sopporterebbe per assolvere le prestazioni di pubblico servizio. Il livello dei costi dell'impresa media, come per la terza condizione, deve tener conto degli introiti relativi all'attività svolta e di un margine di utile ragionevole.

Emerge sicuramente un *favor* del diritto comunitario nei confronti di procedure di appalto pubblico, conformemente alla pratica della Commissione in materia di aiuti di Stato²⁰⁶, per cui la presenza di procedure ad evidenza pubblica, aperte, trasparenti e non discriminatorie, assicura di per sé l'assenza di un intervento dell'autorità statale che falsi le condizioni concorrenziali del mercato. Il riferimento al minor costo per la collettività, che è naturalmente condivisibile nella sua portata sostanziale, può dar adito a varie interpretazioni²⁰⁷. In particolare ci si domanda se tale affermazione debba riferirsi alle direttive in tema di appalti di lavori pubblici in cui la scelta del contraente avviene sulla base del prezzo più basso o comunque sull'offerta economicamente più vantaggiosa o se si debba intendere che la Corte di giustizia abbia inteso riferirsi ad una nozione distinta nel caso delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico, in cui non figurano soltanto considerazioni di natura economica, ma anche altre valutazioni che l'autorità aggiudicante andrebbe a valutare come criteri secondari, ad esempio aspetti di tutela ambientale, in una analisi globale dell'offerta che integri criteri di natura qualitativa²⁰⁸.

La scelta della gara per l'affidamento dell'incarico si colloca, quindi, nella direzione della trasparenza e della certezza giuridica ed attua anche altri principi

²⁰⁶ A tal proposito si possono considerare gli *Orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi*, pubblicata in GUCE del 5 luglio 1997, serie C 205, p. 5, in cui la Commissione afferma che le compensazioni erogate a tali imprese non costituiscono aiuti statali vietati se rispettano una serie di condizioni: in particolare il contratto di servizio pubblico deve essere stato concluso previo svolgimento di una procedura di aggiudicazione trasparente e non discriminatoria. Tale atto viene considerato emblematico di un approccio iniziale della Commissione ispirato al criterio della compensazione, prima dell'intervento del Tribunale di primo grado con la sentenza *FFSA*. Così M. DONY, op. cit. pp. 111-112 e 137.

²⁰⁷ Aspetto segnalato da N. TRAVERS, op. cit. p. 392; A. ALEXIS, op. cit. p. 5.

²⁰⁸ Tali osservazioni si ritrovano in A. ALEXIS, op. cit. p. 5 e E. GROMNICKA, op. cit. pp. 458-459. Entrambi gli autori si riferiscono alla sentenza della Corte del 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, causa C-513/99, in *Raccolta*, p. I-7213, dalla quale si ricava che l'offerta più vantaggiosa può prendere in considerazione criteri di natura qualitativa (nel caso di specie valutazioni ecologico ambientali) purché vengano menzionati nel contratto e nel bando di gara ed il loro esame avvenga nel rispetto dei principi del diritto comunitario, in particolare del principio di non discriminazione.

dell'ordinamento comunitario, quale quello della non discriminazione e seppure presenti degli aspetti da chiarire²⁰⁹, come si è visto, non risulta particolarmente problematica dal punto di vista della sua attuazione da parte degli Stati membri²¹⁰. Meno agevole è il riferimento alla seconda parte della condizione, considerata una trasposizione in questa materia del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato ravvisato nella quantificazione dei costi che un'impresa media, ben gestita e adeguatamente dotata di mezzi di produzione, avrebbe sopportato. Si tratta di una valutazione di tipo ipotetico che, in una prima analisi potrebbe anche consentire l'affermarsi di una logica puramente commerciale che non tiene in debita considerazione la specificità dei SIEG, quale il perseguimento dell'interesse generale.

5.3. La nozione di «impresa media» fra quarta condizione *Altmark* e caso *Chronopost*.

Le problematiche della quarta condizione emergono con evidenza se si confronta la soluzione che viene alla luce con una sentenza di poco precedente il caso *Altmark*: la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 2003 relativa all'affare *Chronopost*²¹¹.

La sentenza *Chronopost* è, a sua volta, la tappa conclusiva di una particolare *querelle*, che per vari profili si collega alla tematica del finanziamento di SIEG. La vicenda riguardava l'assistenza logistica prestata da *La Poste*, l'impresa che gestisce la rete postale francese, ad una società da essa controllata, *Chronopost*,

²⁰⁹ Alcuni autori ritengono che nelle procedure di gara sia comunque possibile l'effetto di dar luogo a condizioni falsate del mercato concorrenziale: secondo P. NICOLAIDES, *The Economics of Services of General Economic Interest*, in M. SANCHEZ RYDELSKI (a cura di), op. cit., p. 567, le procedure di gara hanno sempre un effetto distorsivo malgrado siano la soluzione preferibile per l'incarico di SIEG; sulla stessa linea S. SANTAMATO, N. PESARESI, *Compensation for services of general economic interest: some thoughts on Altmark ruling*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004, p. 9, i quali sottolineano che i risultati variano in relazione alle modalità ed alle condizioni fissate per la selezione.

²¹⁰ *Contra* A. RENZULLI, op. cit., pp. 411-412, secondo la quale la necessità di prendere in esame elementi qualitativi nell'espletamento della procedura di gara per l'affidamento dell'incarico di SIEG ricavabile dalla quarta condizione *Altmark* individuerebbe per gli Stati membri uno standard procedurale più severo rispetto alla consueta applicazione delle norme comunitarie sugli appalti.

²¹¹ 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* 2003 p. I-6993.

attiva nel settore dei corrieri espresso. Le imprese concorrenti ritenevano che l'assistenza logistica, ossia l'accesso alla rete da parte di *Chronopost*, avvenisse a condizioni più favorevoli rispetto agli altri operatori e costituisse, essendo il gestore della rete in mano pubblica, un aiuto di Stato vietato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

In una prima pronuncia, la Corte di giustizia si pronuncia sulla questione affermando che l'impresa è beneficiaria di un aiuto di Stato nel caso in cui non avrebbe ottenuto un vantaggio economico in presenza di condizioni normali di mercato, aspetto lasciato all'apprezzamento del giudice nazionale²¹². Da tale pronuncia si indica al giudice nazionale, pertanto, il quadro complessivo in cui deve compiere la sua analisi, senza precisare gli elementi ed i fattori da valutare per sostenere la presenza o meno di condizioni normali di mercato. La Corte non fornisce, quindi, indicazioni sui risvolti pratici della questione, non identifica le condizioni normali di mercato, limitandosi ad affermare il principio.

La Commissione, successivamente a tale prima pronuncia, adotta una decisione riguardante l'assistenza commerciale e logistica fornita a *Chronopost*, ritenendo che il prezzo corrisposto da quest'ultima era superiore ai costi sostenuti dal gestore della rete e pertanto non era possibile riscontrare la presenza di un aiuto di Stato incompatibile²¹³. I concorrenti impugnano la decisione dinanzi al Tribunale di primo grado che annulla la decisione della Commissione poiché quest'ultima non aveva verificato se il prezzo pagato dalla società di corriere espresso fosse analogo a quello che avrebbe richiesto un'impresa privata per la fornitura degli stessi servizi²¹⁴.

La sentenza del Tribunale viene impugnata dinanzi alla Corte di giustizia, che è quindi ora chiamata a definire il significato da attribuire alla nozione di condizioni normali di mercato, da cui dipende, come si è visto la presenza o meno di un aiuto di Stato.

²¹² 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, punto 15.

²¹³ Decisione della Commissione del 1 ottobre 1997, n. 98/365/CE, *SFMI-Chronopost*, GUCE del 6 giugno 1998, serie L 164, p. 37.

²¹⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 14 dicembre 2000 *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) e CRIE contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-613-97, in *Raccolta*, p. II-4055, punti 74-75.

Si prospettavano due posizioni distinte: da un lato quella adottata dalla Commissione, basata sui costi sostenuti dall'impresa pubblica per fornire i servizi; dall'altro quella dei ricorrenti-concorrenti, sostenuta dal Tribunale, per cui occorre assumere come riferimento il prezzo di mercato praticato da un'impresa privata, non dotata del *network* pubblico.

La Corte di giustizia sostanzialmente conferma la validità dell'approccio seguito dalla Commissione. Non è possibile, argomenta la Corte, riferirsi ad un'impresa privata operante in condizioni normali di mercato, poiché *La Poste* occupa una posizione a se stante all'interno del mercato, essendo incaricata di un SIEG ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Per assolvere tale incarico si è dotata di una rete infrastrutturale in grado di assicurare le prestazioni secondo i requisiti posti dall'Autorità, in particolare l'obbligo di universalità, ossia l'accesso e la fruizione dei servizi postali a tutti gli utenti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica. Non può contestarsi che la costituzione ed il mantenimento di tale rete, attraverso la quale si realizza l'assistenza logistica e commerciale ritenuta il vantaggio anticoncorrenziale cui fruiva *Chronopost*, non risponde ad una logica meramente commerciale. L'aspetto è condiviso anche dai ricorrenti-concorrenti²¹⁵.

Tali puntualizzazioni devono quindi entrare a far parte della valutazione delle condizioni normali di mercato, elementi che, pur essendo ipotetici, non possono prescindere dagli unici elementi obiettivi e verificabili, rappresentati dalla presenza di un *network* e dei costi ad esso relativi. La possibilità di escludere la presenza di un aiuto di Stato sussiste laddove si accerti che il corrispettivo richiesto copra i costi aggiuntivi variabili sopportati per la fornitura di assistenza logistica e commerciale; un contributo adeguato ai costi fissi dovuti all'utilizzo della rete; una remunerazione adeguata dei propri capitali nella parte in cui sono destinati all'attività concorrenziale²¹⁶. Nell'effettuare tale verifica si dovrà escludere che questi dati quantitativi siano stati sottostimati o valutati in modo arbitrario²¹⁷.

²¹⁵ Sentenza del 3 luglio 2003, *Chronopost SA*, cit. punti 33-36.

²¹⁶ Si consideri che *Chronopost* è una società controllata da *La Poste*.

²¹⁷ Sentenza *Chronopost* cit. punti 38-40.

Le affermazioni della Corte di giustizia forniscono rilevanti chiarificazioni su quegli aspetti problematici che sono stati indicati in precedenza in relazione al tema della liberalizzazione in settori di mercato in cui si collocano prestazioni rientranti nei SIEG. Infatti, si pongono le condizioni affinché un operatore, come *La Poste*, attivo sia in mercati riservati, sia in mercati ormai aperti alla concorrenza, e in quanto proprietario e gestore della rete, non tragga vantaggi indebiti dall'erogazione di prestazioni di SIEG e consenta nel rispetto delle regole di concorrenza l'accesso al settore di mercato non più riservato anche a nuovi soggetti. Inoltre, il caso *Chronopost* ribadisce il rispetto da parte dell'ordinamento comunitario del principio di neutralità posto dall'articolo 295 Trattato CE, nell'ammettere che l'impresa pubblica può liberamente perseguire obiettivi di strategia aziendale nella gestione delle proprie controllate.

Questi aspetti che emergono dalla sentenza *Chronopost* e che si pongono nella direzione di una maggiore certezza giuridica nel complesso rapporto fra liberalizzazione, prestazioni di SIEG e gestione delle *network industries*²¹⁸, non sono, tuttavia gli unici.

Infatti, l'aspetto che maggiormente qui interessa è rappresentato dal fatto che, da tale sentenza, si desume che le condizioni normali di mercato possono coincidere con quelle obiettivamente esistenti e cioè la presenza di unico operatore sul mercato. Orbene, tale indicazione può apparire contraddittoria nei confronti dell'ultima condizione *Altmark*, per la quale, come si è visto, se la scelta dell'impresa incaricata di SIEG non avviene mediante una procedura di aggiudicazione, il calcolo della compensazione deve effettuarsi in relazione ai costi sostenuti da un'impresa media²¹⁹. Dalla sentenza *Chronopost* sembra derivare la negazione di utilità pratica di questa condizione, ritenendo la logica puramente commerciale improponibile in alcune situazioni, piuttosto numerose, in cui i SIEG vengono erogati mediante la costituzione di una rete.

²¹⁸ In particolare A. FRATINI, A. CARTA, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 382-383, evidenziano questi aspetti di chiarificazione nell'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato alle imprese pubbliche.

²¹⁹ Sentenza *Altmark*, cit., punto 93.

Nella sentenza *Altmark*, dunque, pare trascurarsi l'aspetto che non è in ogni caso possibile rinvenire equivalenti sul mercato di imprese incaricate di SIEG, sostenendosi nella quarta condizione la necessità di riferirsi, per individuare parametri di efficienza, ad un'impresa media. Non figura la possibilità di riferirsi a valutazioni alternative laddove tale giudizio ipotetico non può effettuarsi.

Si è, dunque, in presenza di indicazioni contrastanti sul concetto di investitore di investitore privato²²⁰: da un lato la sentenza *Altmark* traspone il criterio dell'investitore privato in economia di mercato nella definizione degli interventi statali di finanziamento alle imprese incaricate di SIEG indicando la necessità di una comparazione del livello della compensazione ai costi sostenuti da un'impresa media adeguatamente gestita per assolvere i medesimi obblighi di servizio pubblico; dall'altro la sentenza *Chronopost* nel definire le condizioni normali di mercato tali da escludere un aiuto di Stato vietato – nozione che palesemente ricalca il test dell'investitore privato in economia di mercato – impone soltanto di considerare gli elementi obiettivi e verificabili, quali i costi sostenuti per la costituzione ed il mantenimento della rete mediante la quale vengono erogati i SIEG, suggerendo una valutazione scevra di riferimenti all'efficienza della gestione.

Secondo l'analisi di alcuni commentatori, il dissidio che emerge fra le due sentenze è soltanto apparente²²¹. La Corte di giustizia nella sentenza *Altmark* pone il quadro giuridico generale entro cui si collocano le compensazioni di servizio pubblico, individuando le condizioni per cui gli interventi statali di finanziamento non ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. In tal modo giudici introducono anche nel settore delle compensazioni di servizio pubblico il test dell'investitore privato in economia di mercato mediante il criterio di riferimento ad un'impresa media²²², soluzione logicamente ricavabile

²²⁰ *Contra* A. RENZULLI, op. cit., p. 414, secondo la quale la Corte di giustizia, tanto nel caso *Altmark* quanto nel caso *Chronopost*, propone la medesima analisi in termini economici: quando uno Stato membro acquista servizi, il prezzo pagato non deve essere superiore a quello di mercato.

²²¹ L'interpretazione volta a conciliare le soluzioni poste dalla Corte di giustizia nelle due sentenze è seguita da A. BARTOSCH, *Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 382 ss. e da M. DONY, op. cit., p. 137-138.

²²² Secondo A. BARTOSCH, op. cit., p. 384, il riferimento all'impresa media posto dalla Corte di giustizia nella formulazione della quarta condizione è una risposta a quelle opinioni critiche

dal caso di specie posto all'attenzione della Corte, cioè la presenza di almeno due imprese interessate allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale e quindi la presenza di un mercato di riferimento per tali servizi. Il giudizio reso sul caso *Chronopost*, all'opposto, si fonda su una situazione fattuale differente: la presenza di un unico operatore sul mercato che offre servizi che non possono prescindere da una rete universale non consente la possibilità di individuare la rispondenza del corrispettivo a condizioni normali di mercato, che richiederebbero la presenza di più operatori pronti a fornire gli stessi servizi. Pertanto, la regola generale per stabilire se le compensazioni di obblighi di servizio pubblico sono escluse dall'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE sono i criteri indicati nel caso *Altmark*. Il limite all'applicazione di tali criteri emerge nel caso in cui, in riferimento all'applicazione della quarta condizione *Altmark*, non è possibile reperire sul mercato altri operatori da considerare come parametro di riferimento²²³. In questi casi, quindi, la quarta condizione *Altmark* non dovrebbe applicarsi.

Altri autori, tuttavia, pongono in dubbio la possibilità di utilizzare i costi dell'unica impresa presente sul mercato, così come emerge dalla sentenza *Chronopost*, come parametro di riferimento della legittimità di misure di compensazione di obblighi di servizio pubblico ad integrazione della quarta condizione *Altmark*. Infatti se si applicasse la soluzione emersa in *Chronopost* ad interventi statali di compensazione di obblighi di servizio pubblico ad un'impresa incaricata di SIEG, qual è la situazione presa in esame in *Altmark*, nel caso in cui non è possibile effettuare una valutazione comparativa per l'assenza di altri operatori sul mercato, si giunge alla soluzione paradossale che in questi casi l'erogazione di risorse

dell'approccio flessibile emerso nella sentenza *Ferring*, secondo le quali il criterio della compensazione, espresso in questa pronuncia, consente agli Stati membri di sfuggire al controllo comunitario instaurato nel settore degli aiuti di Stato. Infatti, a parere dell'A., il test di efficienza ricavabile dalla quarta condizione *Altmark* è in grado di sostituire il controllo delle istituzioni comunitarie in detto ambito.

²²³ M. DONY, op. cit. p. 138, pur condividendo tale impostazione, pone il dubbio che la quarta condizione, elaborata in un contesto relativo ai servizi di trasporto pubblico locale, possa tradursi tal quale anche negli altri settori economici. In relazione a tale interrogativo si può richiamare l'opinione di N. TRAVERS, op. cit. p. 390 nonché quella di A. SINNAEVE, op. cit. p. 356. Entrambi sostengono con fermezza la validità generale, in tutti i settori economici interessati dalle attività di SIEG, dei principi formulati nella sentenza *Altmark*.

pubbliche è legittima e non è un aiuto di Stato vietato. In tal modo la garanzia di efficienza posta nella quarta condizione verrebbe totalmente meno.

L'impossibilità di conciliare queste soluzioni è dovuta alla differente considerazione che riceve l'elemento dei costi: in *Altmark* si esaminano i costi dell'impresa beneficiaria per escludere che si è in presenza di un aiuto vietato; nel caso *Chronopost* i costi dell'impresa pubblica potenzialmente erogatrice dell'aiuto sono assunti come parametro per verificare se vi è o meno distorsione del mercato concorrenziale²²⁴.

Un'opinione ulteriore ritiene che la soluzione emersa nel caso *Chronopost*, visti i rischi impliciti di sovracompensazione e sussidi incrociati, non possa estendersi alle situazioni analizzate nel caso *Altmark* e deve applicarsi soltanto a limitati e specifici casi in cui è evidente che tale trattamento di favore riguarda situazioni in cui il rischio di sovracompensazione è davvero marginale o non sussiste affatto²²⁵.

Si può, inoltre, ritenere che l'approccio più permissivo della sentenza *Chronopost* sia valido nei settori economici in cui sono concessi diritti speciali o esclusivi, malgrado in tali settori si dovrebbero utilizzare impostazioni più rigorose²²⁶, in linea con l'interpretazione che nella Comunità si è raggiunta dell'articolo 86, paragrafi 1 e 2, Trattato CE e con la politica di liberalizzazione che si è finora attuata.

La varietà di opinioni testimonia la difficoltà di conciliare i *dicta* delle due sentenze, d'altronde, lasciando aperta la questione di come valutare nell'ambito dell'approccio compensativo adottato dalla Corte di giustizia nel caso *Altmark* i costi di quelle imprese incaricate di SIEG che non possono prescindere dalle *facilities* di una rete non duplicabile e che quindi non ha operatori ad essa paragonabili, se non le imprese che svolgono i medesimi SIEG nell'ambito di un altro Stato membro. Se si considera, poi, come è stato evidenziato, che molti SIEG

²²⁴ Tale ricostruzione è portata avanti da A. FRATINI, F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuti di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2003, pp. 1218-1219.

²²⁵ L'opinione è espressa da F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit. p. 71.

²²⁶ Questo spunto è suggerito da M. MEROLA, *Il «pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi d'interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 133.

richiedono un'infrastruttura a rete per la loro erogazione, la questione appare sempre più controversa.

5.4. Le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

L'aspetto maggiormente problematico è rappresentato dal fatto che la sentenza *Altmark* nel porre le condizioni per cui le compensazioni di obblighi di servizio pubblico destinate alle imprese incaricate di SIEG non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 87 Trattato CE non considera in alcun modo la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Come si è fatto cenno, nella sentenza *Ferring* si negava la possibilità di applicare la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE - aspetto duramente criticato dall'Avvocato generale Léger che auspicava il ritorno al criterio dell'aiuto di Stato - in quanto un'eventuale sovracompensazione, cioè un intervento di finanziamento superiore ai costi addizionali, non può giustificarsi alla luce di tale norma, in quanto da considerarsi non necessario ai fini dell'adempimento della missione di interesse generale insita nei SIEG²²⁷. Dall'impianto concettuale della sentenza *Ferring*, poi, sostenendo che un intervento statale di compensazione non è un aiuto di Stato, risulta evidente che viene meno il fondamento logico della norma di deroga dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, ossia l'applicabilità di una regola di concorrenza in grado di ostacolare l'adempimento delle prestazioni di SIEG.

Potrebbe affermarsi che questa conclusione derivante dalla sentenza *Ferring*, *leading case* del criterio della compensazione, possa ascriversi anche alla sentenza *Altmark* che ribadisce il dato essenziale che le compensazioni statali di obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato incompatibili col Mercato comune. Infatti, si può ritenere che l'assenza di qualsiasi riferimento testuale nella sentenza *Altmark Trans* all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE e l'aver attribuito natura cumulativa alle condizioni indicate conduca ad un implicito riconoscimento di quanto è affermato in modo inequivoco nel caso *Ferring* riguardo tale norma²²⁸.

²²⁷ Sentenza *Ferring* cit., punti 32-33.

²²⁸ Come sostiene N. TRAVERS, cit. p. 392. L'A. si sofferma, poi, sugli effetti derivanti da tale scelta della Corte, comportanti l'esautoramento della Commissione in quest'ambito e di conseguenza la maggiore discrezionalità delle autorità degli Stati membri.

Al contrario, secondo un'altra valutazione, l'assenza di un riferimento testuale alla norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE può essere letta anche come una presa di distanza del *plenum* della Corte di giustizia in relazione a quanto i giudici nel caso *Ferring* avevano affermato. Nella sentenza *Altmark*, invero, non si ripropone quanto in quest'ultimo caso si puntualizza circa la non applicabilità dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE²²⁹. Quest'ultima lettura pare maggiormente in linea con la considerazione che la sentenza *Altmark* non è una conferma *tout court* della tesi della compensazione, ma una sua affermazione circondata da una serie di garanzie e requisiti piuttosto rigorosi quali le quattro condizioni suesposte.

L'assenza di ogni riferimento all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE viene vista, secondo altri autori, come la conseguenza dell'adozione di un'analisi puramente economica della questione controversa: poiché la Corte si è focalizzata su tale analisi non è stato necessario esaminare i rapporti tra l'articolo 86 e la disciplina degli aiuti di Stato²³⁰.

Non può, tuttavia, negarsi una parziale corrispondenza delle condizioni *Altmark* alle condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, delineate dalla costante giurisprudenza comunitaria su tale norma²³¹.

Effettivamente, se si considera la prima condizione, richiedente un incarico effettivo di obblighi di servizio pubblico, chiaramente definiti in capo ad un'impresa, coincide con l'interpretazione giurisprudenziale in relazione all'incarico di SIEG previsto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ai fini dell'operatività di detta norma.

Differente è la conclusione che si trae esaminando la seconda condizione individuata dalla Corte di giustizia nel caso *Altmark*, seppur anche essa sia ispirata dal medesimo obiettivo di trasparenza nei rapporti fra Stato e imprese incaricate di

²²⁹ L'assunto è espresso, tra gli altri, da J-M. THOUVENIN, M-P. LORIEUX, op. cit., p. 640.

²³⁰ Secondo A. BIONDI, op. cit. p. 244, tale considerazione implica che quando si è presenza di un vantaggio e non di una compensazione la norma dell'art. 86, paragrafo 2, Trattato CE riacquista il suo ruolo, nell'ambito del più coerente scenario giuridico degli aiuti di Stato.

²³¹ Il raffronto fra i criteri *Altmark* e le condizioni di applicazione dell'art. 86, par. 2, Trattato CE viene analizzato, tra gli altri, da A. BARTOSCH, op. cit. pp. 385-386; A. SINNAEVE, op. cit. p. 357; D. GALLO, op. cit., in P. DE CATERINI (a cura di), op. cit., p. 115 ss.

SIEG²³². Infatti, la condizione richiede una determinazione *ex ante* da parte dell'autorità incaricante dei parametri di calcolo della compensazione non sembra trovare un riferimento analogo nella norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. La norma del Trattato richiede che l'applicazione delle regole di concorrenza impedisca l'adempimento della missione di interesse generale insita nell'attività costituente SIEG e tale aspetto è analizzato nell'ambito di un giudizio *ex post facto*. Si sottopongono così con la sentenza *Altmark* gli Stati membri ad obblighi procedurali più stringenti nella disciplina delle compensazioni di servizio pubblico²³³.

Per quanto attiene alla terza condizione individuata dai giudici comunitari, già considerando la sua formulazione testuale nella sentenza, essa può essere agevolmente comparata al test di proporzionalità richiesto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE²³⁴. Infatti, si legge nella sentenza che “la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico”²³⁵, statuizione che chiaramente indica la necessità e proporzionalità dell'intervento statale di finanziamento rispetto alla finalità di assicurare l'adempimento della missione affidata all'impresa incaricata di SIEG analogamente a quanto si ricava nella norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE in relazione al rapporto fra misure statali di deroga alle norme del Trattato, con particolare riguardo alle regole di concorrenza.

Se si passa a considerare la più articolata delle condizioni della compensazione, ossia la scelta dell'impresa mediante una procedura di appalto pubblico ovvero il livello della compensazione basato sull'analisi dei costi di un'impresa media, tale requisito proposto dalla Corte non sembra aver riscontro nell'*acquis* raggiunto sui presupposti di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Questa condizione *Altmark*, che come si è visto è ispirata a finalità di trasparenza e competitività nella previsione della gara pubblica e di efficienza nella stima dei

²³² La prima condizione è finalizzata ad attuare un principio di trasparenza nell'affidamento del servizio, la seconda condizione è funzionale all'attuazione di tale principio per quanto attiene la sua remunerazione. Così D. GALLO, op. cit. pp. 29-31.

²³³ Così A. BARTOSCH, op. cit. p. 385.

²³⁴ Così ritengono A. BARTOSCH, op. cit. p. 385; D. GALLO, op. cit. p. 118.

²³⁵ Sentenza *Altmark*, cit. punto 92.

costi laddove tale requisito procedurale non è seguito, impone agli Stati membri degli *standard* più rigorosi rispetto a quelli individuati sulla base della possibilità di deroga alle regole di concorrenza *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Da questo rapido esame può concludersi, come sostengono in molti, che le condizioni *Altmark* non confliggono con i presupposti applicativi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, norma essenziale nel ricostruire la disciplina giuridica dei SIEG e delle imprese che li svolgono nell'ordinamento comunitario. Anzi, pare possibile affermare che le condizioni *Altmark* costituiscano un approccio sofisticato²³⁶ o comunque una trasposizione riuscita²³⁷ dei presupposti applicativi della norma citata nella sede specifica della disciplina delle compensazioni di servizio pubblico poste in essere dagli Stati membri.

L'obiettivo della Corte di giustizia pare quindi quello di assicurare lo svolgimento dei SIEG in modo tale da evitare che le eventuali distorsioni nel Mercato unico siano limitate al minimo possibile, recependo quell'equilibrio di valori che emerge, come si è avuto modo di notare, dal sistema del Trattato.

In effetti, però, la seconda e la quarta condizione *Altmark* costituiscono dei requisiti ulteriori rispetto a quelli ricavabili dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE: l'una posta con la finalità di evitare che le imprese incaricate di SIEG, mediante una definizione *ex ante* dei parametri di compensazione trasferiscano il rischio commerciale sui bilanci statali; l'altra ispirata all'obiettivo che si assicuri il rispetto di procedure trasparenti e competitive nella scelta dell'impresa e nella determinazione dei costi o che comunque la determinazione di questi ultimi non prescindano dal raffronto con gli altri potenziali operatori sul mercato. Si ponga, invece, in luce che l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE contiene anche il riferimento al pregiudizio degli scambi intracomunitari, aspetto che non è stato preso in considerazione dai giudici di Lussemburgo nel caso *Altmark*.

Tali considerazioni non impediscono di affermare che la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE possa applicarsi a quegli interventi statali di

²³⁶ In questo senso A. BARTOSCH, op. cit. p. 385-386, il quale comunque sottolinea la necessità di ulteriori chiarificazioni in merito al loro rapporto reciproco e agli aspetti applicativi, tenendo conto anche delle problematiche emerse con la sentenza *Chronopost*.

²³⁷ È il convincimento di A. BIONDI, L. RUBINI, *Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies*, in E. SPAVENTA, M. DOUGAN (a cura di), *Social Welfare and EU law*, Oxford-Portland, 2005, pp. 95-96.

finanziamento che non soddisfano la seconda e la quarta condizione, ma che rispondono soltanto alla prima e la terza condizione *Altmark* che coincidono con i requisiti applicativi di tale norma²³⁸.

Pertanto, come molti autori suggeriscono, in caso di mancato rispetto della seconda condizione, cioè quando i parametri di calcolo non sono definiti *ex ante* e soprattutto nel caso in cui si verificano delle perdite finanziarie a posteriori²³⁹, è possibile esaminare la questione ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, per giudicare della legittimità dell'intervento statale²⁴⁰.

Può prevedersi l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, poi, anche se la misura statale non rispetta i dettami della quarta condizione. Nello specifico, si sostiene che potrà valutarsi la legittimità della misura statale di finanziamento se il suo ammontare è superiore a quello di un'impresa media ma è comunque equivalente o inferiore ai costi sopportati dall'impresa, quindi se vi è comunque il rispetto del terzo criterio *Altmark*²⁴¹.

Pare in ogni caso imprescindibile il rispetto della terza condizione *Altmark* che fissa l'ammontare della compensazione, essendo la condizione che riproduce il test di proporzionalità richiesto dalla Corte di giustizia nell'applicare le condizioni di deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Occorre, a questo punto dell'analisi, verificare se questa lettura della sentenza *Altmark* alla luce delle condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato elaborata dalla dottrina abbia trovato riscontro nella prassi successiva e sia stata quindi confermata dalle istituzioni comunitarie, in particolare dalla Commissione, l'organo comunitario *in primis* chiamato all'*enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato.

²³⁸ *Contra* A. SINNAEVE, op. cit. p. 359, la quale ritiene applicabile l'articolo 86, par. 2, Trattato CE, solo nel caso del mancato rispetto della quarta condizione *Altmark*.

²³⁹ Come si è detto, nel caso di perdite finanziarie risultanti a posteriori, in assenza di una previa definizione dei parametri di calcolo, la Corte ritiene che l'eventuale finanziamento sia un aiuto di Stato vietato *ex art.* 87 Trattato CE (Sentenza *Altmark*, cit. punto 91). Per le critiche della dottrina si veda *supra*.

²⁴⁰ Secondo quanto sostengono M. DONY, op. cit., p. 136; F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit. pp. 72-73; D. GALLO, op. cit., in P. DE CATERINI (a cura di), op. cit. pp.124-125.

²⁴¹ Secondo quanto propone A. ALEXIS, op. cit. p. 6. In termini dubitativi F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit. pp. 72-73.

6. Le prime applicazioni della sentenza *Altmark*.

6.1. La giurisprudenza.

Nella prassi giurisprudenziale immediatamente successiva²⁴² la sentenza *Altmark* ha avuto un'applicazione limitata, malgrado, trattandosi di una sentenza emessa in sessione plenaria su una questione che si era dimostrata controversa, la sua emanazione costituisca una tappa fondamentale nella ricostruzione della disciplina. La Corte di giustizia utilizza i criteri *Altmark* nel caso *Enirisorse* del 27 novembre 2003²⁴³, in cui si discute della compatibilità, sotto vari profili, all'ordinamento comunitario di una norma della legislazione fiscale italiana che imponeva una tassa sul carico e scarico delle merci nei porti, il cui gettito veniva in gran parte devoluto alle imprese – pubbliche - incaricate della gestione di infrastrutture portuali, quali i mezzi meccanici di carico e scarico e le aeree di stoccaggio, le Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini, con sedi in vari porti italiani. La questione pregiudiziale nasceva nell'ambito del contenzioso sorto fra l'Amministrazione finanziaria italiana e l'impresa *Enirisorse* che, per le sue operazioni di carico e scarico merci nel porto di Cagliari, si era vista imporre la tassa summenzionata, malgrado non si fosse avvalsa dei servizi dell'Azienda operante in tale porto.

Il giudice *a quo* chiedeva, *inter alia*, se la misura statale di devoluzione del gettito di un tributo a delle imprese costituisse aiuto di Stato.

La Corte ritiene che la prima condizione *Altmark* non era stata soddisfatta poiché le Aziende non erano state incaricate di una missione di pubblico servizio, visto che la gestione di un porto commerciale non implica necessariamente lo svolgimento di un SIEG²⁴⁴.

²⁴² Anche la sentenza sul caso *GEMO* è successiva all'emanazione della sentenza *Altmark*, ma la Corte di giustizia, come si è già segnalato in nota, non ha preso in esame gli aspetti che in questa vicenda potevano essere riconducibili allo svolgimento di un servizio pubblico.

²⁴³ Sentenza del 27 Novembre 2003, *Enirisorse S. p. A. contro Ministero delle Finanze*, cause riunite C-34/01 e C-38/01, in *Raccolta* p. I-14243. Come si è detto *supra*, nelle sue conclusioni al caso, l'Avvocato generale Stix-Hackl chiedeva l'applicazione del criterio *quid pro quo*.

²⁴⁴ Sentenza *Enirisorse*, cit. punti 32-40.

Inoltre, non era rispettata neppure la condizione attinente al *quantum* della compensazione, che nella sentenza *Altmark* deve essere inferiore o equivalente ai costi sostenuti dall'impresa, visto che il gettito devoluto dallo Stato italiano dipendeva dal volume delle merci trasportate da tutti gli utenti nei porti interessati²⁴⁵.

Di conseguenza la Corte stabilisce che il tributo in esame non costituiva una compensazione di obblighi di servizio pubblico, ma che rientrava nell'ambito di applicazione della disciplina degli aiuti di Stato. La Corte, avendo riscontrato l'assenza della prima e della terza condizione, non esamina la questione alla luce delle altre condizioni, né pone chiarificazioni ulteriori rispetto a quanto si afferma nella sentenza *Altmark*²⁴⁶.

Indicazioni ulteriori non emergono neppure nell'attività del Tribunale di primo grado²⁴⁷ che nei casi posti alla sua attenzione richiama la giurisprudenza della Corte nel caso *Altmark*.

6.2. Le soluzioni emerse nell'attività della Commissione.

²⁴⁵ *Ibidem*, punti 39-40.

²⁴⁶ Come segnalano M. DONY, op. cit. p. 140; R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2004, p. 801 ss.

²⁴⁷ Si possono considerare la sentenza del Tribunale di primo grado del 16 marzo 2004, *Danske Busvognmænd contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-157/01, in *Raccolta*, p. II-917, punti 57-98; nonché la sentenza del Tribunale di primo grado del 16 settembre 2004, *Valmont Nederland BV contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-274/01, in *Raccolta*, p. II-3145, punti 129-139. Nel primo caso il Tribunale annulla una decisione della Commissione, osservando che i trasferimenti finanziari statali volti a ripianare le perdite di un'impresa danese di trasporti di linea, non erano compensazioni di servizio pubblico ma si inquadravano integralmente in un rapporto contrattuale fra l'impresa e l'autorità competente, quindi non era integrata la prima condizione *Altmark* che richiede la presenza di obbligazioni di servizio pubblico. Nel caso *Valmont* il Tribunale annulla una decisione della Commissione, con cui si riconosceva un aiuto vietato nel finanziamento da parte delle autorità olandesi dei lavori di ammodernamento di un parco di stazionamento appartenente all'impresa beneficiaria ma aperto al pubblico. I giudici del Tribunale ritengono illegittima la decisione per difetto di motivazione, poiché la Commissione non aveva esaminato se le risorse statali di cui godeva l'impresa *Valmont* potessero essere ritenute alla luce dei criteri *Altmark* una contropartita dei costi sostenuti per l'apertura del parco al pubblico.

Anche la Commissione si conforma rapidamente alle indicazioni della Corte di Lussemburgo e proprio dall'esame di questa attività decisionale si evidenziano le difficoltà applicative di tali criteri ma si mettono in luce anche le possibilità alternative.

In poche decisioni la Commissione utilizza in via risolutiva le condizioni *Altmark* per affermare la presenza di compensazioni di oneri di pubblico servizio²⁴⁸ che esulano dal campo di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, in qualche modo confermando quei timori espressi dalla dottrina che criticava l'approccio particolarmente rigoroso che alla fine la Corte ha seguito in questa materia²⁴⁹.

Tra le decisioni è particolarmente significativa quella relativa al caso *RAI*²⁵⁰, in quanto la Commissione pone in luce un aspetto della sentenza *Altmark* che consente di superare la maggiore difficoltà interpretativa che da essa deriva, cioè la possibilità di applicare, anche nel quadro di un approccio compensativo "condizionato", l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

La Commissione osserva che la *RAI* è un'impresa incaricata di fornire un'attività di SIEG, quale il servizio pubblico di radiodiffusione, andando ad esaminare se le quattro condizioni previste dalla Corte di giustizia siano soddisfatte, visto che

²⁴⁸ In particolare si può prendere in esame la decisione della Commissione del 16 dicembre 2003, relativa al procedimento N-475-2003 *Irlanda (Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply "CADA")*, pubblicata in GUCE del 12 febbraio 2004, serie C-38, p. 4. La Commissione riscontra che l'Irlanda ha individuato un SIEG nella fornitura di energia elettrica, ponendo come obbligo di servizio pubblico l'aumento della capacità di generazione di riserva, al fine di assicurare la sicurezza di approvvigionamento a tutti gli utenti. Inoltre, anche le altre condizioni *Altmark* erano soddisfatte: si erano fissati preliminarmente i parametri di compensazione, il cui importo risultava correlato ai costi, ed il servizio veniva assegnato sulla base di una gara d'appalto fra le imprese. Si soffermano sulla decisione, quale esempio dell'integrale rispetto di tutte le condizioni *Altmark*, B. ALLIBERT, A. SIKORA, *La Commission applique pour la première fois la jurisprudence Altmark dans le domaine d'électricité*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004, p. 83; M. DONY, op. cit. p. 146.

²⁴⁹ Tra gli altri si consideri A. BARTOSCH, *Compensation for Public Service Obligations: Post Altmark Reflections*, in M. SANCHEZ RYDELSKY (a cura di), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londra, 2006, pp. 62-63, il quale ritiene che i criteri *Altmark* siano completamente avulsi dalle realtà economico-sociali degli Stati membri.

²⁵⁰ 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. L'importanza della decisione e del percorso argomentativo in essa svolto è segnalato da M. DONY, op. cit., pp. 143-145 ed, in particolare, da J. DE BEYS, *Aide d'État et financement des services publics. Un bilan après l'adoption du paquet post-Altmark*, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2006, p. 3 ss.

l'Italia aveva sostenuto trattarsi di misure destinate a ripianare i costi netti sostenuti dall'impresa per adempiere la missione di interesse generale attribuita.

La Commissione nota che i parametri di calcolo del sostegno finanziario statale non risultavano essere definiti preliminarmente ed in maniera trasparente ed oggettiva: la seconda condizione *Altmark* non era pertanto stata rispettata. La stessa conclusione doveva assumersi in riferimento alla quarta condizione: la *RAI* non era stata scelta come fornitore del servizio pubblico di radiodiffusione sulla base di un procedura di appalto pubblico né l'ammontare della compensazione era stato determinato tenendo conto dei costi sopportati da un'impresa media²⁵¹. Le misure statali esaminate rientrano, quindi, nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

La Commissione, a questo punto, rivolge la sua attenzione all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, norma che consente secondo la giurisprudenza comunitaria di derogare anche al divieto di aiuti di Stato nei confronti di imprese incaricate di SIEG. Tale possibilità, secondo l'analisi compiuta dalla Commissione, è stata implicitamente affermata dalla Corte di giustizia anche nella sentenza *Altmark*²⁵².

La Commissione si riferisce ad un passaggio della sentenza *Altmark*²⁵³ in cui la Corte risponde alla questione posta dal giudice *a quo* sulla possibilità di applicare la norma dell'articolo 73 Trattato CE agli aiuti di Stato concessi nel settore trasporti. La Corte, in particolare, afferma²⁵⁴: “*le disposizioni del diritto primario riguardanti gli aiuti di Stato e la politica comunitaria dei trasporti sarebbero applicabili [...] qualora, da un lato non rientrassero nell'ambito delle disposizioni del regolamento n. 1191/69²⁵⁵ e , dall'altro – nei limiti in cui tali sovvenzioni sono state concesse al fine di ripianare i costi aggiuntivi sostenuti per l'adempimento di*

²⁵¹ Decisione *RAI* cit. punti 95-97.

²⁵² *Ibidem*, punto 99 e nota al testo n. 48.

²⁵³ Sentenza *Altmark*, cit. , punti 101-109.

²⁵⁴ *Ibidem*, punto 105.

²⁵⁵ Si ricordi che le condizioni poste dalla sentenza *Altmark* sono applicabili al caso di specie soltanto laddove il giudice *a quo* ritenga non applicabile il regolamento n. 1191/69 che è *lex specialis* nel settore trasporti. Dunque il riferimento alle norme degli articoli 73 e 86, paragrafo 2, Trattato CE, sui quali si focalizza l'analisi della Commissione nel caso esaminato, può realizzarsi se le sovvenzioni non sono coperte da una disciplina settoriale. Tali considerazioni devono essere tenute presenti anche per definire il ruolo dell'articolo 73, Trattato CE, su cui si veda il punto 108 della sentenza *Altmark* e il considerando n. 17 della Decisione della Commissione 2005/842/CE.

obblighi di servizio – non ricorressero tutte le condizioni formulate ai punti 89-93 della presente sentenza.”

La Commissione, pertanto, ritiene che questa affermazione della Corte riferita all'articolo 73 Trattato CE e quindi al settore trasporti, possa trasporci, *mutatis mutandis*, all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Di conseguenza, la Commissione desume la possibilità che gli interventi di sostegno finanziario concessi dagli Stati membri ad imprese incaricate di SIEG, non rientranti nelle condizioni *Altmark*, possono ritenersi legittimi nell'ordinamento comunitario se rispettano i requisiti posti dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Il percorso logico seguito dalla Commissione si fonda sulla considerazione che l'articolo 73 Trattato CE è una *lex specialis* rispetto all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE; quindi, se di esso la Corte ne afferma l'applicabilità, tale possibilità può trarsi anche per quest'ultima norma²⁵⁶.

La Commissione va dunque ad applicare i criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE al caso di specie, tenendo conto che tali criteri sono stati specificati per il settore dei servizi pubblici di radiodiffusione da una propria comunicazione²⁵⁷. La Commissione ritiene che le misure poste dallo Stato italiano a favore dell'emittente radiotelevisiva *RAI* siano giustificate poiché quest'ultima è stata ufficialmente incaricata del SIEG in oggetto e il finanziamento non eccede i costi netti del servizio pubblico, sommando anche le entrate dirette ed indirette da esso derivanti.

La conclusione raggiunta dalla Commissione sulla possibilità di applicare l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE a compensazioni che non soddisfano le condizioni *Altmark* non è limitata al settore radiotelevisivo²⁵⁸ ma è applicata anche

²⁵⁶ Questo passaggio è così interpretato da J. DE BEYS, op. cit. p. 3, in particolare nota 17.

²⁵⁷ Cfr. *Comunicazione della Commissione. relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione*, pubblicato in GUCE del 15 novembre 2001, serie C 320, p. 5-11. La Commissione specifica in tale comunicazione che la valutazione che compie nel settore radiotelevisivo ai fini dell'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE comprende i seguenti parametri: la definizione del servizio pubblico di radiodiffusione, l'incarico ufficiale alla società emittente, la proporzionalità del finanziamento statale al costo netto del servizio pubblico. Si consideri, inoltre, che al settore si riferisce anche il Protocollo n. 32 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri allegato al Trattato CE con il Trattato di Amsterdam, già segnalato in nota *supra*.

²⁵⁸ Oltre al caso *RAI*, si considerino la decisione del 15 ottobre 2003, in GUCE L 142 del 6 giugno 2005, p. 1 (*RTP*); la decisione del 10 dicembre 2003, pubblicata in GUCE dell'8 dicembre 2004, serie L 361, p. 21 (*France 2 e France 3*).

in altri settori economici in cui si svolgono attività di SIEG²⁵⁹. In questo modo la Commissione restituisce un ruolo all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, nella valutazione della legittimità delle compensazioni di pubblico servizio e pone il fondamento di tale approccio nella giurisprudenza comunitaria.

La lettura che la Commissione compie della sentenza *Altmark* è quella politicamente più credibile²⁶⁰ ed in una certa misura completa la giurisprudenza della Corte che si era limitata a stabilire, con la posizione delle quattro condizioni nella sentenza *Altmark*, quando un intervento finanziario volto a compensare obbligazioni di servizio pubblico non è un aiuto di Stato e non deve pertanto essere notificato alla Commissione.

7. Il «Pacchetto Monti».

Come si è avuto modo di notare, il quadro giuridico degli interventi finanziari statali a favore di imprese incaricate di SIEG si è in buona parte costruito in via giurisprudenziale. I giudici comunitari hanno infatti indicato l'estensione della norma dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE stabilendo che determinati interventi, se rispettosi di alcuni requisiti, sono esclusi dall'ambito di applicazione di tale norma. In tale quadro elaborato dai giudici di Lussemburgo non era chiaro il ruolo dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, norma che non può non avere applicazione in questa materia visto che essa risponde alla stessa *ratio* degli interventi statali di compensazione che sono oggetto d'analisi, e cioè garantire

²⁵⁹ A. RENZULLI, op. cit., p. 415, si chiede se l'iter argomentativo seguito dalla Commissione nel caso *RAI* non sia dettato dall'ampia discrezionalità che il Protocollo di Amsterdam accorda agli Stati membri nel settore radiotelevisivo. Si consideri, tuttavia, che la soluzione emersa nella decisione in esame è utilizzata in settori diversi da quello dei SIEG di radiotelevisione. A tale proposito si possono citare la decisione del 16 marzo 2004 riguardante gli aiuti alle compagnie marittime *Adriatica, Caremar, Siremar e Toremar (Gruppo Tirrenia)*, in GUCE del 26 febbraio 2005, serie L 53, p. 29; la decisione del 6 aprile 2005 riguardante le sovvenzioni versate dal Regno Unito a *Credit Union* per l'accesso a servizi finanziari di base, avviso pubblicato in GUCE del 20 dicembre 2005, serie C 323, p. 13. (Il testo integrale dell'ultima decisione, C(2005)977 fin, è reperibile http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n244-03.pdf).

²⁶⁰ L'opinione è espressa da J. DE BEYS, op. cit. pp. 3-4. Può essere significativo confrontare tale assunto con quello di J-M. THOUVENIN, M-P. LORIEUX, op. cit., p. 643 e con quello di M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit., p. 679 ss. i quali, da punti di vista diversi, poiché i primi guardano con favore alle soluzioni emerse in *Altmark*, i secondi, invece, sono fortemente critici, ritengono che la Corte di giustizia abbia compiuto una scelta politica, volta ad evitare che gli Stati membri, nella gestione dei servizi pubblici, fossero chiamati a giustificare ogni intervento di finanziamento dinanzi all'Esecutivo comunitario.

l'adempimento della missione d'interesse generale che è insita nella prestazione di SIEG.

Come si è appena posto in luce, è stato l'Esecutivo comunitario ad individuare, con un'impostazione che trova il suo fondamento nella giurisprudenza comunitaria, il ruolo di questa norma nella sua prassi decisionale. Appariva, quindi, sempre più necessario far fronte ad un'esigenza di certezza del diritto affinché si chiarisse il ruolo dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE in relazione alle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia.

Tale esigenza conduce all'adozione da parte della Commissione il 28 novembre 2005 di un pacchetto normativo, definito nel linguaggio degli operatori «pacchetto post-Altmark» o «pacchetto Monti»²⁶¹, iniziativa della Commissione rientrante nel Piano d'azione 2005-2009 per la riforma degli aiuti di Stato²⁶².

Il pacchetto Monti consta di tre atti: la Decisione 2005/842/CE 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 generale²⁶³; la Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico²⁶⁴; la 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 imprese²⁶⁵.

Il pacchetto normativo sviluppa le indicazioni giurisprudenziali: occorre, quindi, esaminarne dapprima il contenuto e verificare, poi, se il quadro normativo così delineato possa dirsi esaustivo o se permangano aspetti di criticità.

²⁶¹ Dal nome del Commissario europeo alla Concorrenza, M. Monti, nel cui mandato vennero svolti i lavori preparatori di tale complesso di atti.

²⁶² Cfr. *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato - Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, COM(2005) 107 definitivo, del 7 giugno 2005, in particolare il punto 34.

²⁶³ Pubblicata in GUCE del 29 novembre 2005, serie L 312, p. 67.

²⁶⁴ Pubblicata in GUCE del 29 novembre 2005, serie C 297, p. 4.

²⁶⁵ Pubblicata in GUCE del 29 novembre 2005, serie L 312, p. 47.

7.1. La prima misura: la decisione riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico.

7.1.1. Aspetti generali.

La decisione del 28 novembre 2005 stabilisce che le compensazioni di obblighi di servizio pubblico non rientranti nelle condizioni della sentenza *Altmark* e quindi aiuti di Stato, se non superano determinate soglie e rispettano gli ulteriori requisiti posti dalla decisione, sono dichiarati aiuti compatibili con l'ordinamento comunitario ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ed esentati dall'obbligo di notifica.

La decisione precisa le condizioni di applicazione di tale norma e ciò forse spiega perché la Commissione abbia adottato come base giuridica l'articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE, che attribuisce un potere di vigilanza a detta istituzione consentendo l'adozione di direttive e decisioni. Ci si può, infatti, chiedere se l'atto giuridico più appropriato non fosse una direttiva. La giurisprudenza sull'articolo 86, paragrafo 3, precisa che la scelta fra i due atti dipende dall'obiettivo perseguito dalla Commissione: si ricorre ad una direttiva laddove intendono porsi norme generali per precisare gli obblighi derivanti dal Trattato, mentre nel caso in cui la Commissione mira a valutare una determinata situazione alla luce del diritto comunitario, fissandone le conseguenze che derivano per uno o più Stati membri, lo strumento giuridico è quello della decisione²⁶⁶. Sembrerebbe che il contenuto dell'atto deponga a favore della prima ipotesi²⁶⁷.

La decisione è rivolta agli Stati membri, di conseguenza l'effetto diretto non è automatico ma occorre la verifica dei requisiti posti dalla giurisprudenza

²⁶⁶ Si considerino a tal proposito la sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2001, *Repubblica portoghese contro Commissione*, causa C-163/99, in *Raccolta*, p. I-2613, punto 28 e la sentenza della Corte del 12 febbraio 1992, *Paesi Bassi c. Commissione*, cause riunite C-48/90 e C-66/90, in *Raccolta*, p. I-565, punti 26-27. Entrambi i giudizi esaminati da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 792.

²⁶⁷ È quanto sostengono J. DE BEYS, op. cit. p. 4 e M. MEROLA, *Il «pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi d'interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 144. Per quest'ultimo A. la scelta di adottare una decisione ex art. 86, par. 3, Trattato CE è uno degli aspetti di incertezza dell'intervento normativo della Commissione.

comunitaria affinché possa attribuirsi tale efficacia giuridica: sufficiente precisione ed incondizionatezza. Non pare possibile mettere in discussione tali caratteristiche nella decisione in esame, poiché non si lascia un margine di apprezzamento agli Stati membri che ne sono destinatari, né risulta la necessità di misure di attuazione. Di conseguenza devono attribuirsi alla decisione in oggetto le caratteristiche dell'efficacia diretta, in particolare consentendo alle giurisdizioni nazionali di dichiarare la compatibilità di aiuti che rispettano i requisiti previsti dalla decisione²⁶⁸.

7.1.2. L'ambito di applicazione: le soglie quantitative.

La decisione in oggetto riguarda gli interventi statali di finanziamento alle imprese di SIEG che non rispettano le condizioni *Altmark* e sono dunque da considerarsi aiuti di Stato in principio vietati *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Orbene se tali aiuti rientrano nelle soglie quantitative fissate dalla decisione e rispettano determinati requisiti sono *ipso iure* compatibili con il mercato comune e sono esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE.

Per quanto attiene alle soglie di natura quantitativa, la decisione si applica soltanto a compensazioni che non superano l'ammontare di trenta milioni di euro all'anno e devono riguardare imprese incaricate di SIEG il cui fatturato non superi i cento milioni di euro. L'adozione di tali parametri quantitativi si lega all'obiettivo di escludere gli aiuti *de minimis*, cioè interventi finanziari che per il loro modesto ammontare, non si ritiene conducano ad effetti distorsivi sul mercato concorrenziale²⁶⁹.

Il limite quantitativo non si applica alle compensazioni destinate ad ospedali ed imprese che realizzano opere di edilizia popolare, in cui si ritiene che il livello di

²⁶⁸ In senso conforme J. DE BEYS, op. cit. p. 5 e J. L. BUENDIA SIERRA in *An Analysis of Article 86(2) EC* in M. SANCHEZ RYDELSKI (a cura di) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, 2006, Londra, pp. 568-569. Entrambi gli autori istituiscono un paragone con gli analoghi poteri attribuiti ai giudici nazionali dai regolamenti di esenzione, basati sulla cd. *block-exemption*.

²⁶⁹ Si veda il considerando n. 15 della Decisione.

distorsione della concorrenza non è necessariamente in rapporto proporzionale all'ammontare della compensazione stessa o del fatturato dell'esenzione²⁷⁰.

Sempre con riguardo all'ambito di applicazione, la decisione riguarda le compensazioni di servizio pubblico riguardanti i collegamenti aerei e marittimi verso le isole²⁷¹ e quelle riguardanti porti ed aeroporti²⁷².

Si esclude, invece, l'applicabilità a compensazioni che interessano il settore dei trasporti terrestri²⁷³.

Tale esclusione è conforme al diritto primario, poiché riflette il rapporto tra la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, e quella dell'articolo 73 Trattato CE. Quest'ultima norma è, come si chiarisce nella sentenza *Altmark*²⁷⁴, *lex specialis* rispetto alla norma di deroga posta dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE²⁷⁵ e poiché è attuato in maniera esaustiva dal diritto derivato²⁷⁶ gli aiuti sotto forma di

²⁷⁰ Così dispone l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b). Il considerando n. 16 prende in esame aspetti legati allo svolgimento di tali attività che rendono necessarie compensazioni esenti dall'obbligo di notifica anche in relazione a soglie più elevate di quelle utilizzate come *discrimen* nella decisione, quali le cure mediche di emergenza o la possibilità di insolvenza di inquilini di alloggi di edilizia popolare. Si può ritenere questa disciplina come una manifestazione di quella attenzione nei confronti dell'aspetto sociale dei SIEG, che si ricollega al più generale ed attuale dibattito sulla portata dei servizi d'interesse generale e sul loro ruolo nella costruzione del Modello sociale europeo, cui si è fatto cenno *supra*, nel I capitolo. Infatti secondo G. CAGGIANO, *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 67-68, quest'esenzione rivela il carattere politico-sociale e non solo procedurale delle scelte compiute dalla Commissione, disciplinando settori tra i più sensibili nell'ambito dei SIEG, che richiederebbero l'adozione di una disciplina *ad hoc*. Per ulteriori considerazioni su questo aspetto si veda *infra* nel testo.

²⁷¹ Per i collegamenti aerei e marittimi verso le isole si adotta una soglia differente: il traffico annuale medio nei due esercizi precedenti non superiore ai 300000 passeggeri (art. 2, par. 1, lett. c). Tale criterio, come si legge nel considerando n. 20, è ritenuto dalla Commissione maggiormente rispondente alla realtà economica. Pertanto dall'adozione di tali soglie si desume che la decisione non si applica ai trasporti di merci e ai trasporti marittimi internazionali, che gli Stati membri abbiano qualificato come SIEG. Inoltre, occorre notare che la decisione per i settori interessati integra la disciplina posta dal regolamento 2408/92/CEE relativo ai collegamenti aerei e dal regolamento 3577/92/CEE relativo al trasporto marittimo, laddove, a norma dei predetti regolamenti, si è in presenza di aiuti di Stato sotto forma di compensazioni di obblighi di servizio pubblico. Il rispetto dei due regolamenti citati è richiamato dall'art. 2, par. 2 della decisione in esame.

²⁷² Anche in riferimento a tali settori si adotta una soglia commisurata al traffico annuale medio di passeggeri: 1000000 per gli aeroporti, 300000 per i porti. Il periodo di riferimento sono i due esercizi precedenti a quello del conferimento del SIEG (art. 2, par. 1, lett. d).

²⁷³ Così prevede l'articolo 2, paragrafo 2, secondo comma della decisione. Il settore comprende i trasporti su strada, ferroviari e per via navigabile.

²⁷⁴ Cfr. sentenza *Altmark* cit., punto 107.

²⁷⁵ Come sottolineano J. DE BEYS, op. cit. p. 5 e J. L. BUENDIA SIERRA, op. cit. p. 573.

²⁷⁶ Si tratta del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, pubblicato in GUCE del 3 dicembre 2007, serie L 315, p. 1-13. Tale atto abroga i regolamenti n.

compensazioni di obblighi di servizio pubblico nel settore dei trasporti terrestri non possono trovare una giustificazione *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE²⁷⁷.

7.1.3. Le condizioni di applicazione.

Gli aiuti di Stato erogati sotto forma di compensazione di servizio pubblico che rispettano le summenzionate caratteristiche quantitative sono dichiarati compatibili con il mercato unico laddove le imprese beneficiarie risultano incaricate di un SIEG sulla base di un atto ufficiale da parte delle autorità degli Stati membri e l'ammontare complessivo della compensazione sia calcolato in modo adeguato secondo i criteri previsti dalla decisione.

Per quanto attiene alla prima condizione, l'articolo 4 della decisione dispone la necessità di un atto di conferimento ufficiale della responsabilità della gestione di un SIEG. La norma prevede per gli Stati membri libertà di forme per l'adozione di tale atto, purché esso rivesta requisiti di pubblicità e sia chiaramente individuabile, caratteristiche che possono presentarsi tanto in atti di portata generale quanto in atti amministrativi particolari, come possono essere i contratti di servizio pubblico. La norma, inoltre, specifica il contenuto di tali atti. Infatti l'articolo 4 individua come elementi essenziali: la natura e la durata degli obblighi di servizio pubblico; le imprese interessate e il territorio di riferimento; la natura di diritti esclusivi e speciali 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.

Chiaramente l'articolo 4 costituisce una trasposizione della prima condizione individuata nella sentenza *Altmark*. Vi è un riferimento anche alla seconda

1191/69/CEE e 1107/70/CEE. Come è noto, l'applicazione dei due regolamenti attualmente abrogati faceva parte delle questioni pregiudiziali poste dal giudice *a quo* nel caso *Altmark*. Il regolamento n. 1370/2007/CE è preso in esame da G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, p. 116 ss. L'A. ritiene che il regolamento attui in modo rispettoso i parametri indicati dalla Corte di giustizia nel caso *Altmark*.

²⁷⁷ In particolare J. L. BUENDIA SIERRA, op. cit. p. 573, fa notare che l'interpretazione sostanziale delle due norme del Trattato in sede di giustificazione degli aiuti sia stata abbastanza simile. L'A., tuttavia, giudica che l'art. 73 Trattato CE sia stato attuato in maniera molto dettagliata dai regolamenti, ormai abrogati, 1191/69/CEE e 1107/70/CEE, a differenza dell'art. 86, par. 2, Trattato CE che ha invece ricevuto un'applicazione più flessibile, basata su un'analisi caso per caso.

condizione, anche se, a differenza di quest'ultima non si richiede soltanto che i parametri di calcolo debbano essere preventivamente fissati, ma anzi si superano le difficoltà legate all'accoglimento integrale di detto requisito posto dalla sentenza *Altmark* prevedendo la presenza di parametri di controllo e revisione, elementi che possono far fronte alle contraddizioni che, come si è fatto cenno, la dottrina non aveva mancato di porre in luce²⁷⁸.

Il secondo requisito perché gli aiuti rientranti nel campo di applicazione della decisione siano dichiarati compatibili attiene all'ammontare della compensazione, requisito che è chiara attuazione del principio di proporzionalità posto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE che *in subiecta materia* si declina in funzione dell'obiettivo di evitare che l'erogazione di risorse statali vada al di là di quanto necessario per lo svolgimento delle obbligazioni di servizio pubblico imposte all'impresa incaricata di SIEG e che venga utilizzata per finanziare settori integralmente sottoposti alla disciplina concorrenziale. Si noti che a tale principio si ispira anche la terza condizione *Altmark*.

In effetti, la Commissione nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE, tiene conto di quanto si richiede in tale condizione. L'articolo 5 specifica che l'ammontare della compensazione deve essere commisurato ai costi sostenuti dall'impresa, tenendo conto delle entrate complessive e di un margine di utile ragionevole.

I costi sono quelli legati allo svolgimento dell'attività di SIEG e comprendono i costi variabili più un contributo proporzionato ai costi fissi del servizio²⁷⁹.

Ma soprattutto, la Commissione identifica la nozione di margine di utile ragionevole nel tasso di remunerazione del capitale proprio, quantità che non deve superare il tasso medio rilevato nel settore negli ultimi anni²⁸⁰.

Nel calcolo dell'utile si dovrà tener presente l'eventuale concessione di diritti speciali ed esclusivi²⁸¹, i quali, come si è già visto, possono costituire essi stessi una forma di compensazione. La decisione precisa che la presenza di tali

²⁷⁸ Si consideri quanto affermava M. DONY, op. cit. p. 135.

²⁷⁹ Cfr. art. 5, par. 2, lett. c) della decisione.

²⁸⁰ È quanto dispone l'art. 5, par. 4.

²⁸¹ Secondo J. DE BEYS, op. cit. p. 7, si tratta di un ovvio riferimento alla nota giurisprudenza *Corbeau e Almelo*, cit.

concessioni deve essere considerata per valutare il rischio che l'impresa assume e che, quindi, in presenza di interventi statali può ridursi.

La decisione puntualizza nella determinazione del tasso medio che, laddove non esista alcuna impresa comparabile a quella interessata, si potrà effettuare un raffronto con le imprese attive nello stesso settore considerato presenti in altri Stati membri²⁸².

Sull'elemento dell'utile ragionevole, inoltre, gli Stati membri possono impostare una politica di incentivazione legata ad obiettivi di efficienza e qualità del servizio. In relazione a tale possibilità, si ritiene²⁸³ che il controllo della Commissione sulla presenza di eventuali sovracompensazioni dovrà verosimilmente concentrarsi su quelle più evidenti, tenendo conto degli sforzi dell'impresa per assicurare il servizio in condizioni maggiori di efficienza.

Il requisito di adeguatezza della compensazione che deriva da queste disposizioni è, come detto, legato alla finalità di evitare le sovracompensazioni. A tal fine la Commissione attribuisce agli Stati membri il compito di effettuare controlli regolari sull'attività delle imprese²⁸⁴. Le eventuali sovracompensazioni sono aiuti incompatibili e pertanto vanno rimborsati all'autorità statale; tuttavia, se di modesto ammontare²⁸⁵, possono riportarsi al periodo successivo.

Gli Stati membri devono tenere a disposizione le informazioni necessarie a stabilire se le compensazioni rispondono ai requisiti previsti dalla decisione e su richiesta scritta la Commissione può richiedere la trasmissione di tali dati. Di conseguenza, negli aiuti *de minimis* l'attività di controllo è demandata alle autorità statali, con un intervento soltanto eventuale della Commissione.

²⁸² Tale indicazione può forse considerarsi come una chiave di lettura ulteriore nel dibattito nato sulle conclusioni opposte scaturenti dalle sentenze *Altmark* e *Chronopost*.

²⁸³ Come suggerisce J. DE BEYS, op. cit. p. 7, il quale pone in luce il rischio che un controllo alquanto penetrante della Commissione sulle eventuali politiche di incentivo realizzate dagli Stati membri potrebbe indurre le imprese interessate a non migliorare le proprie condizioni di efficienza nell'erogazione dei SIEG.

²⁸⁴ Cfr. art. 5 della decisione.

²⁸⁵ Tali soglie sono fissate al 10% della compensazione annua, soglia aumentata al 20% per le imprese che operano nel settore dell'edilizia popolare.

7.2. La seconda misura: la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico. Base giuridica e contenuto.

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 pubblico. Tale atto si riferisce a quelle compensazioni destinate ad imprese incaricate di SIEG da considerarsi aiuti in principio vietati poiché non rispettano le condizioni *Altmark* e al tempo stesso sfuggono all'ambito di applicazione della decisione della Commissione del 28 novembre 2005 e quindi sono sottoposte all'obbligo di preventiva notifica.

La Commissione, con tale disciplina, intende indicare le condizioni di compatibilità di tali aiuti con il mercato comune ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. In altre parole, la Commissione esplicita i criteri che seguirà nel ritenere le compensazioni di obblighi di servizio pubblico aiuti compatibili con l'ordinamento comunitario conformemente a quanto prevede l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Si può ragionevolmente sostenere che la base giuridica di tale atto sia la stessa utilizzata nella decisione, ossia l'articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE, anche se tale disposizione non fa espressamente riferimento ad atti di *soft law* come quello in esame. Ciò non contrasta con i poteri di decisione sulla compatibilità degli aiuti attribuiti alla Commissione dall'articolo 88, paragrafi 2 e 3 Trattato CE, che possono ben comprendere la possibilità di emanare inquadramenti e linee di condotta sulle modalità di esercizio di tali poteri²⁸⁶.

La disciplina costituisce un *restatement* dei meccanismi di valutazione adottati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nell'applicazione congiunta delle norme poste dagli articoli 86, paragrafo 2, e 87, paragrafo 1, Trattato CE, inserendosi in quella prassi di comunicazioni che la Commissione adotta per

²⁸⁶ La conclusione è posta in evidenza da J. DE BEYS, op. cit. p. 8, il quale ravvisa come ulteriore base giuridica la norma dell'art. 211 Trattato CE nella parte in cui consente alla Commissione di formulare raccomandazioni e pareri quando lo ritenga necessario per il funzionamento del mercato comune. A. RENZULLI, op. cit., p. 424, nota 70, condividendo la stessa conclusione riportata nel testo, istituisce un raffronto con l'attuazione da parte della Commissione dell'art. 87, par. 2 e 3, Trattato CE, attività che ha comportato l'adozione di numerosi atti di *soft law*.

attuare il principio della certezza giuridica. Vincola, pertanto, soltanto quest'ultima istituzione nell'esercizio dei suoi poteri di valutazione in materia.

Non si può, tuttavia, negare che la disciplina in oggetto, per struttura e ambito applicativo, ponga all'interprete una questione di configurazione giuridica, presentando finalità e requisiti propri di una direttiva.

Infatti secondo alcuni autori la Commissione ha evitato di adottare una direttiva *ex* articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE per il carattere altamente politico della materia in esame, intervenendo in un settore in cui le prerogative degli Stati membri appaiono fortemente coinvolte²⁸⁷.

L'ambito di applicazione è individuato in termini generali: riguarda le compensazioni di obblighi di servizio pubblico destinate ad imprese incaricate di SIEG. Si escludono i finanziamenti rientranti nell'ambito di applicazione della decisione del 28 novembre 2005²⁸⁸ e quelli non costituenti aiuti di Stato perché conformi alle condizioni *Altmark*²⁸⁹. Inoltre, la disciplina non riguarda le compensazioni nel settore dei trasporti e, a differenza della decisione, nel settore del servizio pubblico di radiodiffusione²⁹⁰.

Per quanto attiene le condizioni di compatibilità, la disciplina della Commissione individua dei criteri coincidenti a quelli enucleati nella decisione ai fini dell'applicazione a tali aiuti dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE: la presenza di un atto d'affidamento dell'incarico di SIEG ad un'impresa da parte

²⁸⁷ Così mette in luce G. CAGGIANO, *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico*, cit. p. 69. L'A. sostiene che la base giuridica dell'atto avrebbe chiaramente dovuto essere quella dell'art. 86, par. 3, Trattato CE. Secondo M. MEROLA, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), op. cit. p. 149, pare ovvio che la Disciplina sia destinata a trasformarsi in una direttiva *ex* art. 86, par. 3, Trattato CE, una volta trascorsa la fase di sperimentazione delle soluzioni in essa previste.

²⁸⁸ Cfr. paragrafo 2 della Disciplina cit..

²⁸⁹ Cfr. paragrafo 6 *ibidem*.

²⁹⁰ La Commissione, in tale ambito, applicherà la Comunicazione del 2001 relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione, pubblicata in GUCE del 15 novembre 2001, serie C-320, p. 5. Si noti, come già segnalato, che il settore del servizio di pubblico radiodiffusione è oggetto del Protocollo n. 32 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri allegato al Trattato CE con il Trattato di Amsterdam e ciò sta ad indicare l'elevata considerazione che gli Stati membri hanno del ruolo del finanziamento in questo settore. Se si mette a confronto la disciplina del 2005 con la comunicazione del 2001 cit., si rileva che in tale ultimo atto si prevede un maggiore margine di autonomia per gli Stati membri.

dell'autorità²⁹¹; l'ammontare della compensazione adeguato ai costi del SIEG, comprendente anche un ragionevole beneficio per l'impresa²⁹².

Nell'indicare i contenuti dell'atto di affidamento, allo stesso modo della decisione, si prevede la fissazione dei parametri di calcolo della compensazione. Pare dunque che tale requisito coincidente con la seconda condizione *Altmark* divenga ormai necessario nel test di proporzionalità e necessità posto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE²⁹³.

La Commissione conferma nella Disciplina quanto stabilisce nella Decisione riguardo i controlli e le verifiche periodiche che gli Stati membri devono attuare per verificare l'assenza di sovracompenzioni, che se presenti, vanno rimborsate all'autorità statale erogante.

Si instaura, pertanto, nell'ambito delle compensazioni di pubblico servizio un regime di controllo condiviso tra Stati membri e Commissione: lo Stato ha la responsabilità principale nel controllare che non vi siano sovracompenzioni e quindi aiuti incompatibili, la Commissione mantiene, però, tutti gli strumenti ed i poteri necessari che il Trattato gli attribuisce per l'attuazione delle norme sugli aiuti.

Tale conclusione non può negarsi visto che oggetto dell'intervento di inquadramento della Commissione sono aiuti di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, pertanto sottoposti all'obbligo di notifica preventiva posto dall'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE.

7.3. La terza misura: le modifiche alla direttiva Trasparenza.

Il terzo atto che compone il pacchetto Monti è la direttiva 2005/81/CE della Commissione. Essa va a modificare la direttiva 80/723/CEE sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le imprese pubbliche e fra determinate

²⁹¹ Cfr. Disciplina cit. paragrafi 11 e 12.

²⁹² paragrafi 14-19.

²⁹³ Secondo J. DE BEYS, op. cit. p. 9, questa conclusione contrasta con la pratica decisionale della Commissione che ha invece applicato l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE per giustificare aiuti non rispondenti né alla seconda né alla quarta condizione *Altmark*.

imprese²⁹⁴. La modifica del 2005 prevede che tutte le imprese che ricevono compensazioni per oneri di servizio pubblico siano sottoposte ad un obbligo di contabilità separata²⁹⁵. Si richiede che le diverse attività che costituiscono SIEG siano contabilizzate separatamente secondo principi contabili oggettivamente e chiaramente definiti²⁹⁶. Dalla contabilità separata devono risultare in modo chiaro i costi ed i ricavi relativi alle diverse attività e i metodi dettagliati con i quali i costi e ricavi sono imputati alle distinte attività²⁹⁷.

Tale obbligo è quindi strumentale alla verifica della conformità alla terza condizione *Altmark*, ossia l'equivalenza fra costi ed ammontare della compensazione il cui rispetto è imprescindibile per assicurare la legittimità ai sensi dell'ordinamento comunitario delle compensazioni finanziarie destinate ai SIEG, tanto nel caso in cui esse siano escluse dall'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, quanto nel caso in cui costituiscano aiuti giustificabili *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

7.4. Considerazioni complessive sul «Pacchetto Monti».

Con l'intervento normativo della Commissione del 2005 si restituisce un chiaro ruolo all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ai fini della valutazione della legittimità degli interventi statali di compensazione di oneri di servizio pubblico, aspetto che era stato messo in discussione, come si è avuto modo di segnalare, con

²⁹⁴ La direttiva 80/723/CEE, pubblicata in GUCE del 29 luglio 1980, serie L 195, p. 35 prevede due tipologie di trasparenza: la prima riguarda i trasferimenti finanziari dello Stato membro nei confronti delle imprese pubbliche; la seconda concerne le imprese titolari di diritti speciali o esclusivi e le imprese incaricate di SIEG. Quest'ultima tipologia si basa sulla separazione contabile in funzione delle diverse attività svolte dall'impresa considerata, cioè le attività che costituiscono SIEG, quelle in cui l'impresa esercita un diritto speciale o esclusivo, ed infine, le altre attività eventualmente svolte nell'esercizio dell'attività d'impresa. La direttiva era già stata modificata nel 2000 dalla direttiva 2000/52/CE, pubblicata in GUUE del 29 luglio 2000, serie L 193, p. 75. La direttiva è chiara attuazione dell'art. 86, par. 1, Trattato CE ed è pertanto diretta a distinguere gli interventi dello Stato in quanto proprietario, dagli interventi dello Stato in quanto potere pubblico. Sul tema si consideri: M. T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della "disciplina di trasparenza"*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 283-285.

²⁹⁵ Secondo quanto dispone l'art. 3 direttiva 2005/81/CE, lettera f) che richiede la trasparenza non più soltanto delle compensazioni finanziarie qualificabili come aiuti di Stato ma di tutte le compensazioni finanziarie.

²⁹⁶ Cfr. articolo 4 *ibidem*.

²⁹⁷ Come si ricava dall'art. 1, par. 2, della versione codificata della direttiva trasparenza (Direttiva 2006/111/CE, pubblicata in GUUE del 17 novembre 2006, serie L 318, p. 17).

l'adozione dell'impostazione teorica del criterio della compensazione, tanto nella sua variante "assoluta" espressa nella sentenza *Ferring*, quanto nell'approccio condizionato emerso con la sentenza *Altmark Trans*.

Dal quadro complessivo così formato si ribadisce il ruolo centrale della Commissione nel controllo e nell'attuazione degli interessi della Comunità²⁹⁸. Infatti si configura in ogni caso la possibilità di controllo dell'Esecutivo comunitario, anche nei casi in cui, esonerando dall'obbligo di previa notifica, si instaura un procedimento di controllo condiviso con gli Stati membri. Ciò contribuisce ad alleviare il carico di lavoro amministrativo della Commissione, in modo che essa possa concentrare la sua analisi sui casi più rilevanti o che comunque presentano maggiori dubbi. Sembra quindi che il riparto di competenze fra le istituzioni degli Stati membri, riferendosi sia all'autorità erogante il finanziamento sia alle giurisdizioni nazionali chiamate ad applicare i criteri *Altmark* e le condizioni poste dalla decisione del 2005, e la Commissione sia improntato ad un sostanziale equilibrio, in cui si preserva la struttura enucleata nel Trattato, sia per quanto attiene il particolare *status* delle imprese incaricate di SIEG sia per l'attuazione del divieto di aiuti di Stato.

Occorre, a questo punto dell'analisi, valutare se l'intervento della Commissione possa dirsi effettivamente esaustivo ed in grado di realizzare *in subiecta materia* quell'obiettivo di certezza giuridica di cui necessitano i soggetti dell'ordinamento comunitario e se quindi possa dirsi finalmente raggiunto un quadro coerente con la dialettica di valori che sottostanno alla disciplina dei SIEG.

Si può iniziare dalla considerazione dell'ambito di applicazione della Decisione, che, come è stato illustrato, è basato sull'individuazione di soglie ovvero parametri di natura quantitativa indicativi della modesta entità dell'aiuto e quindi ritenuti compatibili dalla Commissione con il mercato comune. Orbene, tale scelta può essere sicuramente vista come una misura che apporta chiarezza applicativa al quadro normativo così delineato²⁹⁹ ovvero ritenersi indicativa di un approccio di

²⁹⁸ Così ritiene O. LYNKEY, *The Application of Article 86(2) EC to Measures Which do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2007, p. 166.

²⁹⁹ Così, infatti, ritiene O. LYNKEY, op. cit., p. 166.

natura pragmatica alla questione³⁰⁰, che concilia e risolve le esigenze legate alla necessità di garantire i servizi pubblici nel rispetto delle regole di mercato.

Può, d'altro canto, ritenersi che tale soluzione sia incoerente con esigenze di certezza giuridica, in quanto la Commissione avrebbe portato avanti un approccio meramente settoriale a tale materia³⁰¹.

Infatti l'Esecutivo comunitario avrebbe escluso alcuni settori solo in base a dati di natura economica, prescindendo da considerazioni di carattere generale, quale l'individuazione nella nozione più ampia di servizi di interesse generale, al momento non presente in atti vincolanti³⁰², di un criterio distintivo fra i SIEG e i servizi non economici. Secondo questa chiave di lettura appare, ad esempio, contraddittoria la scelta di trattare i finanziamenti di servizi ospedalieri o di imprese che realizzano alloggi di edilizia popolare assieme ad interventi compensativi destinati ad imprese svolgenti servizi il cui profilo sociale non è così marcato o comunque non preponderante rispetto al carattere economico dell'attività.

Tale analisi deve anche tener conto del dibattito attorno alla base giuridica utilizzata dalla Commissione. Come si è accennato tanto la base giuridica scelta per la Decisione, quanto l'aver utilizzato un atto di *soft law* per la Disciplina³⁰³ possono essere messi in discussione, quasi evidenziando una sorta di inerzia della Commissione nel creare un più ampio dibattito politico sulla questione, che si sarebbe venuto a creare utilizzando, forse più correttamente, la base giuridica dell'articolo 89 Trattato CE³⁰⁴.

³⁰⁰ Tale indicazione è suggerita da L. P. SVANE, *Public service compensation in practice: Commission package on State aid for services of General Economic Interest*, in *Competition Policy Newsletter*, 2005, p. 35.

³⁰¹ Così G. CAGGIANO, *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico*, cit. p. 67 e D. GALLO, op. cit., p. 130 ss.

³⁰² Su tali questioni si veda più ampiamente *supra*, I capitolo.

³⁰³ Si veda *supra* in relazione all'esame del contenuto della Decisione e della Disciplina.

³⁰⁴ L'articolo 89 Trattato CE dispone: "Il Consiglio, con deliberazione a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 87 e 88 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 88, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura." La Commissione non ha preso in considerazione tale norma. Tale aspetto è censurato anche da A. RENZULLI, op. cit., p. 425, la quale osserva che un regolamento emanato *ex art. 89 Trattato CE* sia l'unico mezzo in grado di assicurare la sicurezza giuridica *in subiecta materia*.

È, tuttavia, il profilo della coerenza e della chiarificazione del quadro giuridico rispetto alla sentenza *Altmark* che costituisce forse uno degli aspetti più controversi nel condurre tale valutazione.

Si può, anzi, affermare che sia diffusa l'opinione fra i commentatori³⁰⁵ che sia modesto il contributo nell'interpretazione delle condizioni *Altmark* che rappresentano, come visto, un aspetto cruciale nella definizione giuridica delle compensazioni.

Poche chiarificazioni sono ad esempio apportate alla quarta condizione *Altmark* che, con evidenza, può ritenersi la più problematica dal punto di vista applicativo.

Secondo alcuni autori nel prevedere che l'aiuto è compatibile quando il suo ammontare è commisurato ai costi effettivi dell'impresa, la Commissione prende atto della difficoltà di un'applicazione rigorosa di queste condizioni, quasi recependo quelle esigenze che la Corte ha considerato nella sentenza *Chronopost*³⁰⁶. La Commissione implicitamente afferma che la presenza di un *efficiency gap*, quale quello che deriva dal mancato rispetto della quarta condizione *Altmark* e che quindi porta a configurare l'intervento statale di finanziamento come un aiuto, non escluda la compatibilità di detto aiuto con il Mercato comune³⁰⁷.

Secondo alcuni commentatori³⁰⁸ la Commissione suggerisce l'impiego di uno standard duplice nell'esame delle compensazioni: un'analisi preliminare, quella svolta tenendo conto della quarta condizione *Altmark*, si svolge all'insegna del criterio dell'investitore privato nell'economia; se poi il riscontro con questo criterio astratto fallisce, si prendono in esame i costi effettivi. Quest'ultima analisi,

³⁰⁵ Si possono considerare, tra le altre, le opinioni di O. LYNSKEY, op. cit., p. 168; J. DE BEYS, op. cit. p. 10; A. BARTOSCH, *Compensation for Public Service Obligations: Post Altmark Reflections*, op. cit., p. 67. L'ultimo A. sostiene che "*the Commission's implementation of this landmark ruling is highly ambiguous*". Ancor più severa l'opinione di A. RENZULLI, op. cit., p. 430, la quale giudica che il contributo del «Pacchetto Monti» sia quello di "*increasing incoherence*".

³⁰⁶ Come osserva D. GALLO, op. cit., p. 129, il quale ritiene condivisibile dal punto di vista teorico la scelta della Commissione di avvicinarsi al "criterio *Chronopost*".

³⁰⁷ La riflessione è suggerita da J. L. BUENDIA SIERRA, op. cit. p. 557. L'A., tuttavia, mette in luce che l'art. 86, par. 2, Trattato CE non potrebbe mai giustificare i costi di un operatore assolutamente inefficiente, sostenendo che l'*efficiency gap* è giustificato dalla norma analizzata solo fino ad una determinata soglia.

³⁰⁸ Così pone in evidenza B. RAPP-JUNG, *State Financing of Public Services – The Commission's New Approach*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2004, pp. 209-210.

si precisa in dottrina, ha un fondamento giuridico se svolta alla luce dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE³⁰⁹.

In relazione al parametro dell'efficienza, tuttavia, occorre tener conto dell'opinione della dottrina che valorizza il riferimento testuale della Disciplina³¹⁰ al fatto che la valutazione della compatibilità di un aiuto sotto forma di compensazione di oneri di servizio pubblico ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE è effettuata allo stadio attuale di sviluppo del mercato interno: nulla sembra precludere, pertanto, che la Commissione introduca una verifica di efficienza nella prestazione del servizio anche nell'esame della compatibilità della misura³¹¹.

Un altro aspetto d'incoerenza che viene segnalato è rappresentato dal confronto con l'interpretazione consolidata dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Infatti, alcuni autori sottolineano la mancanza del riferimento all'ostacolo nell'adempimento della missione di SIEG, aspetto che è centrale per l'applicazione del test di proporzionalità che discende da tale norma³¹².

Nel confronto fra la sentenza *Altmark* e il pacchetto Monti, si sottolinea anche il rischio che, in un esame della compatibilità dell'aiuto alla stregua di tale intervento normativo, l'importo della compensazione sia paradossalmente inferiore a quello che non costituisce aiuto perché rispetta i criteri enunciati dalla sentenza. Invero, nonostante si prevedano degli obblighi di separazione contabile fra le varie attività svolte, la Commissione non precisa le entrate che devono essere prese in considerazione per calcolare l'ammontare della compensazione. Si configura così la possibilità che si sommino anche entrate derivanti da attività diverse dai SIEG cui è attribuita la compensazione³¹³.

³⁰⁹ Secondo quanto suggerisce D. GALLO, op. cit., pp. 125-126.

³¹⁰ Cfr. il punto 8 della disciplina cit.

³¹¹ Questa conclusione è portata avanti da M. MEROLA, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), op. cit., pp. 140-141. Secondo l'A. ciò condurrebbe ad una profonda revisione della realtà dei SIEG in Europa. In senso contrario l'opinione di A. RENZULLI, op. cit. p. 426, la quale censura l'assenza di ogni riferimento a parametri di efficienza, in quanto non si richiede nel calcolo della compensazione il requisito del *benchmarking*.

³¹² Come sostengono B. RAPP-JUNG, op. cit. p. 211 ss.; D. GALLO, op. cit., p. 129. Per quest'ultimo A., la Commissione perde l'opportunità di introdurre una clausola di flessibilità nell'ambito del suo esame, ricavabile, invece, dall'evoluzione della giurisprudenza su tale aspetto. Si veda a tal proposito *supra*, capitolo I, par. 4.

³¹³ Tale analisi è condotta da B. RAPP-JUNG, op. cit. pp. 211-212. L'A. ritiene più corretta l'impostazione espressa nella Comunicazione della Commissione sul servizio pubblico

Da tutto ciò può delinarsi il rischio che il pacchetto normativo conduca all'elaborazione di un test ancor più severo rispetto alle condizioni *Altmark*³¹⁴.

L'intervento normativo della Commissione, inoltre, nello specificare le condizioni di compatibilità degli aiuti alla luce dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE omette l'esame di alcuni aspetti logicamente connessi con l'applicazione della deroga consentita da tale norma.

Ci si riferisce alla questione, cui si è fatto breve cenno, della possibilità che l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE possa non solo stabilire la compatibilità dell'aiuto, superando il disposto dell'articolo 87, paragrafo 1, ma derogare anche alle norme procedurali della disciplina degli aiuti, ossia l'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE e alle conseguenze che scaturiscono da tale violazione³¹⁵.

Dalla violazione di questi obblighi l'ordinamento comunitario ha tratto l'illegalità dell'aiuto, che comporta un obbligo di restituzione per l'impresa beneficiaria. La condizione di illegalità dell'aiuto può essere invocata dai singoli interessati dinanzi alle giurisdizioni nazionali, attribuendo così all'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE, efficacia diretta.

A questo punto ci si interroga, naturalmente con riferimento agli aiuti sotto forma di compensazioni di obblighi di servizio pubblico non rientranti nell'ambito di applicazione della Decisione e quindi non esenti da notifica, sulla possibilità che il giudice nazionale applichi la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE in relazione ad aiuti la cui notifica da parte dello Stato membro è stata omessa e la sua esecuzione avviata, ma che sembrano collegati alle esigenze di garanzia salvaguardate da questa norma.

Occorre, quindi, stabilire se vi siano elementi, allo stadio attuale, per poter attribuire efficacia diretta all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, così come

radiotelevisivo del 2001, cit., in cui si indica che occorre esaminare solo le entrate direttamente o indirettamente ricavabili dal servizio pubblico. L'A. si interroga anche sul perché la Commissione mantenga uno standard differenziato per il settore radiotelevisivo, aspetto censurato anche da A. RENZULLI, op. cit. p. 427.

³¹⁴ A questa conclusione giunge A. BARTOSCH, *Compensation for Public Service Obligations: Post Altmark Reflections*, op. cit., p. 68.

³¹⁵ Si veda sul punto G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, pp. 829-831.

l'Avvocato generale Tizzano invocava, in via alternativa all'accoglimento del criterio della compensazione, nel suo parere al caso *Ferring*³¹⁶.

Infatti, l'Avvocato generale Tizzano, se la Corte di giustizia avesse confermato il criterio dell'aiuto di Stato in relazione alle compensazioni, auspicava che i giudici comunitari ribadissero l'efficacia diretta dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, lasciando al giudice nazionale la verifica delle concrete condizioni di compatibilità dell'aiuto ai sensi di tale norma³¹⁷.

L'efficacia diretta della norma, secondo l'Avvocato Tizzano, porta ad escludere l'applicazione a queste tipologie di aiuti degli effetti della giurisprudenza *Salmon* secondo cui il giudice interno può dichiarare illegali aiuti non notificati ovvero eseguiti prima che la Commissione si fosse su di essi pronunciata. Invero, ritiene Tizzano, tali conseguenze sono valide soltanto per quegli aiuti cui la Commissione ha competenza esclusiva nel valutarne la compatibilità³¹⁸.

Secondo l'analisi compiuta dall'Avvocato generale, non vi sono elementi per escludere l'efficacia diretta della norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, poiché, con riferimento alle compensazioni di oneri di servizio pubblico, il giudice nazionale per valutarne la compatibilità deve procedere soltanto ad una verifica di natura fattuale, riscontrando se l'aiuto mira soltanto a compensare i costi supplementari causati dallo svolgimento del SIEG da parte dell'impresa incaricata³¹⁹.

Di conseguenza, se si accogliesse tale impostazione, l'omissione della notifica per aiuti astrattamente rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE rileverebbe come un'autonoma violazione di carattere procedurale, rilevabile con l'ordinario procedimento d'infrazione, ma non in grado di inficiare la legittimità della misura d'aiuto³²⁰.

La tesi dell'efficacia diretta dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE è stata di recente invocata in dottrina, proprio in relazione agli aiuti fatti oggetto

³¹⁶ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano del 8 maggio 2001 al caso *Ferring SA contro Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, causa C-53/00, in *Raccolta*, p. I-9067.

³¹⁷ Cfr. Conclusioni cit. punto 68.

³¹⁸ *Ibidem* punti 76-77.

³¹⁹ *Ibidem* punti 79-80.

³²⁰ *Ibidem* punto 81.

dell'intervento normativo del 2005. Secondo tale tesi, risulterebbe un'incoerenza di fondo tra la sentenza *Altmark* e il pacchetto normativo della Commissione, a causa della coincidenza fra la prima e la terza condizione indicata nella sentenza e i requisiti dell'atto di affidamento e dell'ammontare della compensazione posti dalla Commissione per l'affermazione della compatibilità delle misure di aiuto. Ciò condurrebbe, seguendo quest'impostazione, al rischio di interpretazioni difformi fra le giurisdizioni nazionali, chiamate ad applicare i criteri *Altmark*, e la Commissione, che ne deve valutare la compatibilità ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Un rischio siffatto sarebbe evitabile soltanto affermando l'efficacia diretta di tale norma³²¹.

La questione dell'efficacia diretta dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE è, però, particolarmente controversa.

Come è noto, l'applicazione della norma in esame è legata ad una valutazione particolarmente complessa, che richiede la considerazione di vari interessi contrapposti.

La giurisprudenza comunitaria ha in un primo momento negato l'efficacia diretta della norma, poi successivamente vi sono state delle aperture, sostenendo la possibilità dinanzi al giudice interno di invocare l'eccezione consentita dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE³²². Questa conclusione sembra ormai chiara nella giurisprudenza della Corte³²³.

³²¹ È il ragionamento condotto da O. LYNKEY, op. cit., p. 166 ss. Non sembra che l'A. consideri che per poter affermare che si è presenza di una misura statale non qualificabile come aiuto di Stato occorre il rispetto cumulativo delle quattro condizioni *Altmark*.

³²² Si consideri per una rassegna l'analisi di M. C. BARUFFI, *Art. 86*, in F. POCAR (a cura di) *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, 2001, Padova, pp. 451-452. Come indice di questa apertura nei confronti dell'efficacia diretta, si prenda in esame la più volte citata sentenza della Corte di giustizia nel caso *Corbeau*, in particolare al punto 20. Anche S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, pp. 46-47, ripercorre quest'evoluzione giurisprudenziale, sottolineando come, ad un certo punto, la Corte di giustizia, per non rischiare di sacrificare, in ragione dell'effettività delle norme del Trattato, lo svolgimento delle funzioni di pubblica utilità quali quelle attribuite alle imprese incaricate di SIEG, ha riconosciuto implicitamente l'efficacia diretta dell'art. 86, par. 2, Trattato CE, attribuendo al giudice interno il potere di valutare l'applicabilità della deroga e ai singoli la facoltà di invocarla in giudizio. L'A. ascrive la giurisprudenza sull'art. 86, par. 2, Trattato CE a quei casi in cui si pone in luce un'efficacia diretta implicita: il giudice comunitario afferma tale carattere di una determinata norma dell'ordinamento senza alcun esame specifico della questione. Si veda per un esame più approfondito S. AMADEO, op. cit. pp. 33-34.

³²³ Ciò è affermato dalla sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. sas contro Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*

Malgrado queste considerazioni, vi sono obiettivi elementi di difficoltà legati all'apprezzamento dell'efficacia diretta dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, specie se si considera che la norma richiede la valutazione che gli interessi della Comunità non siano pregiudicati al di là di una certa misura dalla deroga nell'applicazione delle altre norme del Trattato.

Sembra possibile affermare che l'opinione maggioritaria³²⁴ ritenga che l'efficacia diretta dipenda dalla presenza dello stesso carattere nelle norme che vengono derogate. Riferendo il discorso alla materia degli aiuti di Stato, non sembra possibile negare che le norme del Trattato in tema vengano applicate in via centralizzata e si fondino principalmente sul potere discrezionale attribuito alla Commissione.

In questo contesto l'opinione dell'Avvocato generale Tizzano non pare trovare sufficienti elementi di fondatezza, soprattutto se si considera che l'analisi delle condizioni richieste per affermare la compatibilità dell'aiuto *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE non può dirsi una verifica soltanto fattuale³²⁵.

L'unica possibilità per affermare l'efficacia diretta sembra essere il ricorso ad un atto di diritto derivato che attribuisca al giudice nazionale il potere di sindacare la compatibilità delle misure statali di aiuto sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico in attuazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, allo stesso modo della Decisione del 2005³²⁶.

Ulteriore questione è rappresentata dalla possibilità che l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, sempre in riferimento agli aiuti non rientranti nell'ambito di applicazione della Decisione, possa derogare al divieto di esecuzione degli aiuti, disgiungendo tale obbligo da quello di previa notifica.

(INAIL), causa C-218/00, in *Raccolta*, p. I-691, al punto 19, in cui si richiama proprio la sentenza *Corbeau*, come indice di una consolidata giurisprudenza.

³²⁴ Così E. GROMNICKA, op. cit., p. 436; M. MEROLA, C. MEDINA, op. cit., pp. 678-679; M. DONY, op. cit., pp. 120-121; ed, in particolare, J. L. BUENDIA SIERRA, op. cit. pp. 568-569.

³²⁵ Al contrario l'adesione alla tesi dell'Avvocato generale Tizzano è stata di recente sostenuta da G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, cit. p. 114

³²⁶ Così pone in evidenza J. L. BUENDIA SIERRA, op. cit. pp. 568-569.

La Corte di giustizia nel caso *CELF* nega tale possibilità³²⁷, il pacchetto Monti non si esprime sulla questione. La soluzione per cui il giudice nazionale potrebbe applicare la norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE per derogare all'obbligo di *standstill* sarebbe in linea con esigenze di garanzia nella prestazione del servizio, evitando rischi di interruzione dell'erogazione delle prestazioni, legate alla necessaria sospensione del finanziamento statale. La questione non è però stata oggetto di ulteriori riflessioni della giurisprudenza comunitaria, tenendo conto, inoltre, che la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *CELF* è legata ad un quadro normativo ancora in evoluzione.

Il problema rimane aperto³²⁸.

³²⁷ Sentenza 22 giugno 2000, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee – Aiuto alla Coopérative d'exportation du livre français (CELF)*, causa C-332/98, in *Raccolta*, p. I-4833, sulla quale si veda *supra*.

³²⁸ In proposito D. GALLO, op. cit., p. 144, ritiene che allo stato attuale vi siano maggiori possibilità di applicare l'art. 86, par. 2, Trattato CE per derogare all'obbligo di *standstill*.

CAPITOLO III
L'ACQUIS ALLA PROVA DELL'EFFETTIVITÀ:
LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E
LA PRATICA DECISIONALE DELLA COMMISSIONE
POST « PACCHETTO MONTI».

1. Considerazioni preliminari.

L'esposizione del percorso di costruzione dell'*acquis communautaire* in relazione al finanziamento degli Stati membri alle imprese incaricate di SIEG consente di affermare che tali interventi di finanziamento sono legittimi ai sensi del diritto comunitario se rispettano cumulativamente le quattro condizioni *Altmark* ovvero, se non conformi a tali requisiti, costituiscono aiuti di Stato compatibili *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. La valutazione di compatibilità ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE avviene *ipso iure* per gli aiuti di Stato che rientrano nell'ambito di applicazione della Decisione del 2005 ovvero risulta in esito ad un esame condotto dalla Commissione, in virtù delle competenze di tale istituzione in materia di *enforcement* delle norme del Trattato dedicate agli aiuti di Stato.

Si potrebbe, pertanto, affermare che gli interventi statali di finanziamento di SIEG trovino una compiuta disciplina nell'ordinamento comunitario, tale da offrire alla variegata platea dei soggetti interessati – Autorità Statali, imprese incaricate di SIEG, imprese concorrenti, cittadini-utenti - un quadro finalmente contraddistinto da certezza giuridica.

Quest'affermazione è alquanto lontana dal vero.

Sussistono ancora dubbi, se non confusione, sull'applicazione delle regole in tema: solo un esame della prassi attuale degli organi comunitari chiamati a pronunciarsi sul tale complesso di regole, successivamente alla sentenza *Altmark* e all'emanazione del pacchetto Monti, può porre in evidenza il grado di certezza giuridica e i nodi irrisolti dell'*acquis* in tema di definizione e finanziamento delle missioni di SIEG.

Senza trascurare che l'esame della prassi degli organi comunitari costituisce un tentativo di illustrare la dimensione concreta ed attuale dei rapporti e dei ruoli della

Comunità e degli Stati membri in relazione alle significative problematiche che investono la questione, quali la garanzia del servizio pubblico, il ruolo delle regole di mercato e il loro collegamento ad obiettivi di efficienza, la coesione sociale, il *quantum* d'intervento dello Stato nell'economia, il grado d'influenza delle istituzioni comunitarie sulle politiche economiche statali, l'elaborazione del Modello sociale europeo, il ruolo dei servizi nella costruzione della cittadinanza comunitaria.

L'esame della prassi degli organi comunitari riguarda, da un lato, la casistica giurisprudenziale del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, e, dall'altro, l'attività decisionale della Commissione in tema di SIEG e aiuti di Stato, rilevate successivamente alla sentenza *Altmark* e all'emanazione del «pacchetto Monti»³²⁹.

Nell'analisi si segue il *fil rouge* delle perplessità e degli aspetti critici che la dottrina comunitaria ha di volta in volta avanzato nel dibattito che ha accompagnato la formazione dell'*acquis*, valutando se gli interrogativi e le proposte emersi nell'elaborazione teorica siano stati confermati ovvero smentiti nel diritto vivente.

2. La sentenza del Tribunale di primo grado nel caso *BUPA contro Commissione*³³⁰.

Il 12 febbraio 2008 il Tribunale di primo grado si pronuncia con un *arrêt fleuve*³³¹ su di un caso dotato di grande rilevanza e interesse ai fini della presente analisi sulle compensazioni di obblighi di servizio pubblico. Infatti, in questo articolato giudizio, il Tribunale affronta molteplici aspetti degni di nota, tra i quali si segnalano: la nozione di SIEG, la natura degli obblighi di servizio pubblico attribuiti dagli Stati membri alle imprese incaricate dell'erogazione di SIEG nei casi di *market failures*; infine, il riparto di competenze fra Comunità e Stati

³²⁹ Si tratta sostanzialmente del periodo 2006-2008.

³³⁰ 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*.

³³¹ L'espressione è mutuata da L. DRIGUEZ, *Compensations d'obligations de service public*, in *Europe*, 2008, n° 123, p. 24.

membri quanto alle condizioni di applicabilità dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, per un verso, e, per l'altro, all'interpretazione delle quattro condizioni *Altmark*.

Può ben attribuirsi anche a tale sentenza, così come alle sentenze *Ferring* e *Altmark*, il ruolo di *leading case* nell'enucleazione del quadro giuridico sul tema, senza trascurare il fatto che l'oggetto della causa riguarda l'assicurazione privata di malattia, quindi un'attività che, rientrando nell'organizzazione e funzionamento dei servizi sanitari da parte degli Stati membri, richiama l'attenzione sul più ampio dibattito relativo al discrimine fra SIEG e servizi di protezione sociale. La particolarità della materia oggetto della pronuncia può, tuttavia, portare a dubitare della sua validità generale in relazione alla disciplina della definizione e del finanziamento dei SIEG, potendo dunque costituire una chiarificazione del quadro giuridico soltanto in un settore limitato, per di più d'incerta collocazione fra i SIEG tradizionali.

2.1. Il contesto normativo irlandese al vaglio del Tribunale.

La sentenza riguarda il sistema di assicurazione privata di malattia istituito in Irlanda. Esso opera accanto al regime pubblico di assicurazione malattia, rispetto al quale fornisce una copertura alternativa su base volontaria.

Il sistema irlandese di assicurazione privata di malattia, denominato *AMP*, viene istituito negli anni cinquanta con la funzione di fornire una copertura ai soggetti che non accedevano al sistema pubblico di assicurazione malattia. Il sistema *AMP* era gestito da un unico ente di assicurazione, il *Voluntary Health Insurance Board*. Il quadro giuridico muta negli anni Novanta: il regime pubblico di assicurazione malattia, finanziato con le entrate fiscali, inizia ad offrire una copertura assicurativa di base alla totalità della popolazione irlandese, e parallelamente, si assiste alla liberalizzazione e riorganizzazione del sistema di assicurazione privata malattia.

Il sistema *AMP* vede essenzialmente la presenza di due operatori: accanto all'ex operatore monopolistico *VHI* opera la filiale irlandese di una compagnia britannica di assicurazioni, la *BUPA Ireland*.

Negli anni 1994 e 1996 il sistema, ormai liberalizzato, è stato oggetto di vari interventi di disciplina. In particolare, sono stati individuati una serie di principi che devono orientare la prestazione di servizi assicurativi nel settore *AMP*.

Infatti, le autorità irlandesi, nel regolamentare il settore, hanno posto determinati obblighi agli assicuratori per consentire l'accesso ad ogni residente in Irlanda ad un livello minimo di prestazioni assicurative contro il rischio malattia, ad un prezzo accessibile e con un determinato contenuto qualitativo, evitando che i soggetti con situazioni di rischio più evidente, quali gli anziani o i malati cronici fossero esclusi da questo sistema di protezione sociale.

Nello specifico, è stato istituito un regime assicurativo i cui caratteri principali sono l'obbligo di adesione aperta, ossia l'obbligo per ogni assicuratore di contrarre con chiunque ne faccia richiesta, indipendentemente dallo stato di salute o dall'età; l'obbligo di copertura assicurativa a vita; la tariffazione comune, per cui ogni assicurato paga un premio determinato solo in relazione al tipo di copertura e non in relazione al suo stato di salute, all'età o al sesso; infine, la previsione di una serie di prestazioni minime.

A chiusura del sistema, la legislazione irlandese istituisce un meccanismo di equalizzazione dei rischi, il *Risk Equalisation Scheme (RES)*, gestito dal Ministero della salute e da un'autorità amministrativa appositamente istituita, l'*Health Insurance Authority*. Il sistema *RES* consiste nell'amministrazione di un fondo cui contribuiscono gli assicuratori operanti nel mercato *AMP* che presentano profili di rischio meno elevato. Le risorse del fondo così raccolte sono utilizzate per finanziare gli assicuratori attivi nel settore che hanno contratti con alto profilo di rischio.

Dal punto di vista economico-contabile, l'autorità incaricata della gestione del fondo calcola il profilo del rischio medio sul mercato dell'assicurazione malattia e, successivamente, individua il differenziale di rischio per ogni operatore: gli assicuratori con un profilo di rischio inferiore alla media contribuiscono ad alimentare il fondo, mentre gli operatori con un differenziale maggiore ricevono compensazioni dal fondo.

Nel caso di specie, la società *BUPA*, trovandosi ad essere un contribuente del fondo, denuncia l'illegittimità alla Commissione del sistema *RES* quale aiuto di

Stato vietato a favore dell'operatore principale attivo sul mercato irlandese di assicurazione malattia.

La Commissione si pronuncia nel maggio del 2003³³² e non solleva obiezioni sul sistema *RES*, concludendo che l'Irlanda non aveva posto in essere un aiuto incompatibile col Mercato comune.

La Commissione basa la sua decisione sulla giurisprudenza *Ferring* della Corte di giustizia: il sistema *RES* non costituisce un aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, e la valutazione compiuta dall'Irlanda nel definire l'assicurazione privata di malattia come SIEG e i relativi obblighi posti in capo agli assicuratori come obblighi di SIEG è corretta. In tale contesto, infatti, gli interventi di finanziamento incardinati nel *RES* si presentano come necessari per scongiurare che gli operatori si concentrino su potenziali assicurati con profili bassi di rischio³³³, quali soggetti in giovane età o in buone condizioni di salute, portando a condizioni di instabilità il mercato dell'assicurazione privata di malattia. Con tali strategie di “*cherry-picking*”³³⁴ si sarebbe eluso quell'obiettivo di universalità nell'accesso alla protezione assicurativa.

In sostanza, la Commissione giudica che l'Irlanda non ha posto in essere un aiuto vietato, ma un intervento di compensazione alla luce della sentenza *Ferring*, finalizzato a scongiurare la possibilità, in assenza di un intervento di riequilibrio da parte dello Stato, di una selezione dei rischi da parte degli operatori in contrasto con la missione di SIEG così delineata.

³³² Decisione della Commissione del 13 maggio 2003, C (2003) 1322 def., in relazione all'aiuto di stato N 46/2003, *Risk equalisation scheme in the Irish Health insurance market*, pubblicata in GUCE del 6 agosto 2003, serie C-186, p. 16. Il testo integrale della decisione è reperibile su http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids.

³³³ Per quanto attiene al ragionamento economico seguito dalla Commissione si considera la possibilità che, malgrado l'obbligo di tariffazione comune, gli operatori appena entrati sul mercato, mediante strategie di marketing selettive, concentrino fra i loro assicurati i soggetti con profilo di rischio più basso, come soggetti giovani in buone condizioni di salute, lasciando al concorrente ex monopolista i soggetti con rischio più elevato, mettendo così a repentaglio l'equilibrio economico di tali operatori e di conseguenza la stabilità del mercato. Si consideri nel dettaglio sentenza *BUPA*, cit., punti 39-51 e i punti della decisione impugnata ivi richiamati.

³³⁴ L'espressione è mutuata da A. BARTOSCH, *The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 211.

L'Esecutivo comunitario, inoltre, motiva la sua decisione di non sollevare obiezioni circa il sistema *RES* istituito dall'Irlanda anche sull'asserita compatibilità al Mercato comune alla luce dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE³³⁵.

La società *BUPA* impugna la decisione della Commissione con un ricorso di legittimità al Tribunale di primo grado.

2.2. L'applicazione *ex tunc* della giurisprudenza *Altmark*.

I motivi di ricorso dedotti dalle ricorrenti³³⁶ su cui il Tribunale concentra la sua attenzione riguardano in primo luogo, l'erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, deducendo che la Commissione non avrebbe tenuto conto dei quattro criteri *Altmark*, ed, in secondo luogo l'erronea applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Il Tribunale esamina congiuntamente questi due motivi, rilevando la coincidenza delle argomentazioni fornite dalle parti in relazione ad essi. Infatti, le ricorrenti pongono in dubbio l'esistenza di una missione di SIEG e la necessità e proporzionalità del sistema di equalizzazione dei rischi costituito nel mercato irlandese dell'assicurazione privata di malattia cui tale missione è attribuita³³⁷.

Nel procedere con questa analisi viene avanzato, però, un problema di applicazione della giurisprudenza nel tempo: le ricorrenti deducono il mancato rispetto delle condizioni *Altmark* ma nel momento in cui la Commissione emette la sua decisione sul *RES* tale sentenza della Corte di giustizia non era ancora intervenuta. Infatti, l'Esecutivo comunitario, come si è fatto cenno, si era riferito all'unico precedente in materia: la giurisprudenza *Ferring* e il criterio della compensazione, c.d. puro, ivi accolto.

³³⁵ Invero la Commissione, al punto 61 della decisione cit., in via alternativa, afferma che, laddove si ritenesse il sistema *RES* un aiuto di Stato vietato ex art. 87, par. 1, Trattato CE, esso sarebbe nondimeno giustificato sulla base dell'art. 86, par. 2. Questa motivazione può ritenersi senz'altro emblematica dell'incertezza applicativa della Commissione dinanzi alla *querelle* fra i due criteri emersa in tutta la sua evidenza a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Ferring*.

³³⁶ La società britannica *BUPA Ltd* e le sue affiliate *Bupa Insurance Ltd* e *Bupa Ireland Ltd*.

³³⁷ Sentenza *BUPA*, cit. punti 86-87.

Con una scelta alquanto pragmatica³³⁸, i giudici comunitari ritengono necessario esaminare il primo motivo di ricorso riguardante l'erronea applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, alla luce delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia nel caso *Altmark*.

Tale assunto si basa sulla valore retroattivo dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nelle sentenze pregiudiziali, quale era la pronuncia nel caso *Altmark*.

Il Tribunale di primo grado, infatti, rileva che l'efficacia *ex tunc* dell'interpretazione di una sentenza pregiudiziale può essere limitata in situazioni eccezionali per tutelare il principio della certezza giuridica e dell'affidamento, ma tale limitazione deve risultare dalla sentenza pregiudiziale considerata. Orbene, rilevano i giudici del Tribunale, la Corte di giustizia nel caso *Altmark* non ha inteso limitare nel tempo gli effetti della sua pronuncia³³⁹.

Il Tribunale, pertanto, esamina il rispetto delle condizioni *Altmark* nella decisione impugnata, così come richiesto dalle ricorrenti, ed afferma, tra l'altro, che la portata di tali condizioni coincide ampiamente con i criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE³⁴⁰.

Tale ultima considerazione si rivela molto importante dal punto di vista sistematico. Infatti, come si è avuto modo di notare, molti commentatori³⁴¹ si erano interrogati sul rapporto fra le condizioni *Altmark* e i criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, ponendo in luce principalmente la coincidenza del contenuto della prima e della terza condizione *Altmark* con i criteri abituali di applicazione della *derogation encadrée* posta dalla norma del Trattato,

³³⁸ Come indica A. BIONDI, *BUPA v. Commission: Annotation*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 403.

³³⁹ Sentenza *BUPA*, cit., punti 157-159. Il Tribunale si riferisce alla giurisprudenza consolidata sul valore nel tempo delle pronunce pregiudiziali. I giudici, infatti, ritengono che tale giurisprudenza, emersa in particolare in relazione all'applicazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale, si applichi, a maggior ragione, all'attività delle istituzioni comunitarie, laddove siano chiamate ad applicare disposizioni interpretate successivamente dalla Corte di giustizia. La spiegazione offerta dal Tribunale è conforme a quanto tradizionalmente si afferma in dottrina sull'efficacia nel tempo delle sentenze pregiudiziali delle Corti: si consideri sul punto G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., pp. 342-345; L. DANIELE, op. cit., pp. 252-253. Ciò nonostante, A. BIONDI, *BUPA v. Commission*, cit., p. 403, ritiene l'argomento utilizzato dal Tribunale nel caso di specie alquanto criptico.

³⁴⁰ Sentenza *BUPA*, cit., punto 160.

³⁴¹ Per una disamina del tema si consideri *supra* capitolo II, paragrafo 5.4.

ossia l'incarico ad un'impresa della missione di SIEG e la proporzionalità dell'intervento statale in deroga alle norme di concorrenza.

Com'è noto, una risposta *tranchante* non è emersa nell'intervento normativo della Commissione nel «pacchetto Monti», basato sull'assunto che la Corte di giustizia ha implicitamente affermato nel caso *Altmark* la possibilità di applicare l'articolo 86, par. 2, Trattato CE agli interventi di finanziamento che, non conformi ad una delle quattro condizioni, siano da considerarsi aiuti vietati *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Le affermazioni *in limine* compiute dal Tribunale potrebbero evidenziare una sostanziale coincidenza applicativa tra i due test, quello delle condizioni *Altmark* e quello dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Si tratta di valutare se questa impressione sommaria sia confermata nel prosieguo del giudizio.

Prima di procedere all'esame del sistema *RES* alla luce delle condizioni *Altmark*, i giudici del Tribunale osservano che gli obblighi che caratterizzano il sistema irlandese di assicurazione privata di malattia, qualificati come obblighi di SIEG, non sono mai stati oggetto della pronuncia di un giudice comunitario: tale particolarità richiede un'applicazione dei criteri *Altmark* conforme «*allo spirito e alla finalità che hanno presieduto alla loro enunciazione*³⁴²», con modalità adattate al caso di specie.

Emerge la direzione che il Tribunale seguirà nell'analisi delle condizioni *Altmark* nel caso di specie, ossia l'attenzione dei giudici all'obiettivo che ha presieduto la formulazione di ciascuna condizione, piuttosto che al dato letterale. Questa prospettiva pare costituire il vero *Leitmotiv* dell'ampia disanima condotta dai giudici del Tribunale, e forse motiva l'opinione di quanti in dottrina ritengono tale analisi pedagogica³⁴³.

³⁴² Sentenza *BUPA*, cit., punto 160.

³⁴³ Così sostiene L. DRIGUEZ, op. cit., p. 25, secondo la quale il Tribunale ha compiuto un'analisi «*à la fois pédagogique et très fouillée des critères*».

2.3. L'esame delle condizioni *Altmark*.

2.3.1. Il riparto di competenze fra Stati e Comunità in tema di SIEG.

Il Tribunale si interroga se la prima condizione *Altmark*, attinente all'incarico dell'impresa beneficiaria dell'intervento di finanziamento statale di obblighi di SIEG chiaramente definiti, sia rispettata nel caso di specie.

A tal proposito, i giudici comunitari chiariscono che la nozione di SIEG prevista nell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE corrisponde a quella richiesta nella prima condizione *Altmark*³⁴⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, il Tribunale di primo grado giudica necessario chiarire il quadro del riparto di competenze fra Comunità e Stati membri in relazione alle attività rientranti nei SIEG. Infatti, si sottolinea che non esiste una definizione chiara e precisa della nozione di SIEG né sussiste un concetto giuridico consolidato che indichi quando uno Stato membro può affermare la presenza e la protezione di una missione di SIEG.

I giudici comunitari, riferendosi alla giurisprudenza consolidata sul tema e utilizzando come supporto nell'argomentazione la comunicazione della Commissione del 2000³⁴⁵, individuano una prerogativa degli Stati membri nel definire le attività che costituiscono SIEG: la Comunità, attraverso la Commissione, può mettere in discussione tale attività discrezionale dello Stato membro soltanto nei casi di errore manifesto. In questo modo si confuta l'opinione delle ricorrenti che invece sostenevano che la nozione di SIEG è una nozione propria dell'ordinamento comunitario, di stretta interpretazione, sottoposta ad un controllo pieno delle istruzioni comunitarie, residuando libertà di scelta per gli Stati membri solo in relazione alla fornitura del servizio.

Il fondamento giuridico della prerogativa statale nell'individuazione delle attività qualificabili come SIEG risiede, a parere dei giudici di Lussemburgo³⁴⁶, oltre che

³⁴⁴ Cfr. sentenza *BUPA*, cit. punto 162.

³⁴⁵ Il Tribunale si riferisce alla Comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (2001) 17, fin.

³⁴⁶ Cfr. sentenza *BUPA*, cit., punto 167. Il Tribunale respinge gli argomenti posti dalle ricorrenti e sposa le tesi della Commissione e dell'Irlanda, intervenuta a sostegno di quest'ultima.

nell'assenza di una definizione precisa e completa della nozione di SIEG nel diritto comunitario, anche nella mancanza di una competenza specificamente attribuita alla Comunità. Invero il Tribunale argomenta *ex* articolo 5 Trattato CE: in presenza di un'attività economica non rientrante nelle competenze esclusive della Comunità, regolate dal paragrafo 1, ovvero che rientra nelle materie in cui la Comunità ha soltanto una competenza limitata o ripartita, retta dal principio di sussidiarietà disciplinato dal paragrafo 2, la competenza ad individuare l'attività in questione come SIEG spetta unicamente agli Stati membri.

Tali conclusioni vengono confermate in relazione al settore della salute, richiamando l'articolo 152, paragrafi 1 e 5, Trattato CE³⁴⁷. Quest'ultima norma, infatti, prevede che la Comunità possa intraprendere in questo settore soltanto azioni giuridicamente non vincolanti, nel rispetto della responsabilità statale nell'organizzazione e nella fornitura di servizi sanitari e di cure mediche. Il Tribunale, pertanto, conferma che nel caso di specie, concernente attività di SIEG nel settore delle prestazioni sanitarie, si sia in presenza di una competenza degli Stati membri.

Ad ulteriore supporto del riparto di competenze così delineato, il Tribunale invoca il principio di sussidiarietà posto dall'articolo 16 Trattato CE: la competenza dello Stato membro nel definire ed organizzare i SIEG è conforme all'obbiettivo, assunto tanto dagli Stati membri quanto dalla Comunità, di assicurare che il funzionamento dei SIEG avvenga in modo tale che la missione di interesse generale cui essi sono preposti venga raggiunta.

I giudici comunitari, inoltre, chiariscono che il richiamo fatto dalle ricorrenti alla norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE non implica l'attribuzione alla Comunità di un controllo pieno sulle scelte degli Stati membri in tema di SIEG, ma deve essere inteso nel senso che il potere degli Stati membri di definire le

³⁴⁷L'art. 152 Trattato CE prevede: «1. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività della Comunità è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. L'azione della Comunità, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute umana. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria. La Comunità completa l'azione degli Stati membri volta a ridurre gli effetti nocivi per la salute umana derivanti dall'uso di stupefacenti, comprese l'informazione e la prevenzione[...].5. L'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica [...].»

attività di SIEG non è illimitato e non può essere esercitato in modo da sottrarre arbitrariamente un settore della vita economica all'applicazione delle regole di concorrenza³⁴⁸.

Le ultime considerazioni permettono al Tribunale di affermare che, se il ruolo delle istituzioni comunitarie è limitato alla ricerca dell'esistenza di un errore manifesto nella valutazione compiuta dallo Stato membro circa la definizione dei SIEG, nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, la Commissione ha correttamente svolto tale compito³⁴⁹.

Il ragionamento sin qui svolto dal Tribunale di primo grado appare chiaramente improntato ad una posizione di *self restraint* dinanzi a materie ritenute di esclusiva competenza degli Stati membri. Tuttavia, la dottrina non ha mancato di porre in rilievo come il riferimento all'articolo 5, paragrafo 1, Trattato CE può essere inteso nel senso di negare qualsivoglia competenza comunitaria nel regolare l'accesso alle prestazioni sanitarie. Ciò condurrebbe ad esiti alquanto opinabili, e si porrebbe, d'altronde, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte che ha toccato aspetti legati alla tutela della salute, sia in relazione alle misure di armonizzazione *ex* articolo 95 Trattato CE, sia in riferimento all'organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale e sulla possibilità di effetti restrittivi di questi ultimi sulla libera circolazione di servizi e dei lavoratori³⁵⁰.

Oltre a ciò, un'altra voce in dottrina contesta che il caso di specie riguardi la tutela della salute, così come ritiene il Tribunale, ritenendo, invece, che il sistema assicurativo al vaglio dei giudici comunitari riguardi più propriamente l'organizzazione della protezione sociale³⁵¹. Le perplessità richiamate dalla dottrina forse in parte spiegano l'approccio scelto del Tribunale volto a negare un ruolo della Comunità che *in subiecta materia* vada al di là dell'errore manifesto: vi sono obiettive difficoltà nell'individuare un discrimine, nella più ampia categoria dei servizi generali, che consenta di affermare quando si è presenza di un SIEG dai casi in cui ciò non avviene, in assenza di una chiara indicazione normativa. La

³⁴⁸ Cfr. sentenza *BUPA*, cit., punto 168.

³⁴⁹ Sentenza *BUPA*, cit., punti 168-170.

³⁵⁰ Tale aspetto critico è suggerito da A. BIONDI, *BUPA v. Commission* cit., p. 404.

³⁵¹ Secondo quanto afferma L. DRIGUEZ, op. cit., p. 25.

complessità dal punto di vista definitorio può spiegare quindi l'atteggiamento di cautela che valorizza la libertà di scelta degli Stati membri.

Il richiamo del Tribunale al principio di sussidiarietà che si ricava dall'articolo 5, paragrafo 2, e soprattutto, per l'oggetto dell'analisi, all'articolo 16 Trattato CE si presta a considerazioni maggiormente positive. Infatti, in relazione a tale riferimento, un'opinione in dottrina chiarisce³⁵² che il giudizio del Tribunale sul punto esprime la consapevolezza che, dinanzi all'obbligo di azioni positive condiviso tra Stati membri e Comunità per l'attuazione delle attività rientranti nei SIEG quale risulta dall'articolo 16 Trattato CE, i primi risultano meglio organizzati per far fronte alle missioni di SIEG. I giudici comunitari sembrano avere acquisito consapevolezza di quell'equilibrio politico spesso precario che distingue l'integrazione comunitaria, in cui da un lato le competenze regolatorie sono affidate all'organismo sovranazionale, mentre, dall'altro lato, il potere di spesa rimane saldamente fra le prerogative nazionali.

Tale opinione appare condivisibile se non viene interpretata come un arretramento del ruolo della Comunità in tema di SIEG, assunto che sarebbe in contrasto con il cammino intrapreso sin dal Trattato di Amsterdam nel senso di una decisa valorizzazione del ruolo dei SIEG nella costruzione comunitaria, ma piuttosto come la manifestazione della necessità di attuare l'obbligo condiviso ricavabile dal disposto dell'articolo 16 Trattato CE³⁵³.

2.3.2. La prima condizione *Altmark*: il regime di assicurazione privata di malattia come SIEG, la nozione di universalità e obbligatorietà delle prestazioni assicurative.

Il Tribunale passa all'esame della prima condizione *Altmark*, sostenendo che l'ampia discrezionalità non esime lo Stato membro dal rispetto di alcuni requisiti minimi nell'individuazione di una missione di SIEG: la presenza di un atto della

³⁵² In questo senso A. BIONDI, op. cit., p. 404.

³⁵³ In armonia con l'interpretazione dell'art. 16 Trattato CE suggerita da M. ROSS, *Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation?*, cit. p. 30. Cfr. *supra*, capitolo I, par. 4.2.

pubblica autorità, il carattere universale ed obbligatorio della missione. I giudici, inoltre, sottolineano che incombe sullo Stato membro l'onere di indicare le ragioni per cui il servizio preso in esame costituisce SIEG e va distinto dal resto delle attività economiche³⁵⁴.

L'interesse generale che deve qualificare le prestazioni di SIEG viene individuato in un interesse pubblico, non mera somma di interessi privati, né coincidente con la necessità di regolazione del mercato o di sottoposizione di attività commerciali ad un regime autorizzatorio³⁵⁵.

Il Tribunale prende inoltre posizione sull'aspetto dell'attribuzione dei diritti speciali ed esclusivi: la lettura combinata emersa in giurisprudenza dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 86 Trattato CE³⁵⁶ non comporta necessariamente che l'impresa incaricata si veda attribuire un diritto speciale o esclusivo. Gli obblighi di servizio pubblico possono ben essere imposti ad una moltitudine di operatori quale l'insieme delle imprese attive sullo stesso mercato³⁵⁷. Applicando tali considerazioni al caso di specie, una missione di SIEG viene individuata nell'assoggettamento a determinati obblighi di tutti gli operatori attivi sul mercato dell'assicurazione privata di malattia.

Per quanto attiene alla verifica della presenza nel caso di specie di un atto dei pubblici poteri che stabilisca la missione di SIEG, il Tribunale giudica che i requisiti posti a livello legislativo in capo agli operatori attivi nel mercato assicurativo irlandese non costituiscono mere restrizioni della libertà commerciale di detti operatori, ma sono chiara individuazione della missione d'interesse generale cui l'assicurazione privata di malattia è preposta³⁵⁸. Il Tribunale non considera necessaria la presenza di singoli atti d'affidamento in capo alle imprese

³⁵⁴ Sentenza *BUPA*, cit., punto 172.

³⁵⁵ *Ibidem*, punto 178.

³⁵⁶ Cfr. *supra* capitolo I, paragrafo 3.

³⁵⁷ Sentenza *BUPA*, cit., punto 179. I giudici comunitari accolgono l'argomento avanzato dal Regno dei Paesi Bassi, intervenuto in giudizio a sostegno della Commissione, secondo il quale la presenza di obblighi di SIEG è riscontrabile non solo nel caso dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, ma anche nell'imposizione agli insieme degli operatori di determinati requisiti dell'attività da svolgere, la cui osservanza è soggetta ad un regime di autorizzazione e controllo, così come è riscontrabile nel caso di specie. Tale conclusione, secondo il Regno dei Paesi Bassi, discende dalla dinamicità della nozione di SIEG. Cfr. sentenza *BUPA*, cit. punto 164.

³⁵⁸ In relazione a tale aspetto A. BIONDI, op. cit., p. 404, sottolinea come il Tribunale riconosca l'impossibilità di dissociare le prestazioni rientranti nell'AMP dagli obblighi posti dal legislatore irlandese, quali l'adesione aperta e la tariffazione comune.

incaricate del SIEG, respingendo così la tesi delle ricorrenti che invece riteneva i suddetti requisiti legislativi la manifestazione di una normale attività di regolazione da parte dello Stato di attività economiche, e non come l'individuazione e l'incarico di obblighi di servizio pubblico in capo agli operatori interessati³⁵⁹.

A questo punto dell'analisi, sempre nell'ambito della verifica della prima condizione *Altmark* e dell'incarico all'impresa di un SIEG ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, i giudici comunitari si soffermano sui requisiti dell'universalità e dell'obbligatorietà delle prestazioni.

L'obbligo di universalità, a giudizio del Tribunale, non coincide con la soddisfazione dei bisogni dell'intera popolazione o con la condizione che esso debba essere fornito sull'integralità di un determinato territorio. Queste caratteristiche afferiscono al SIEG "classico", al suo modello più diffuso, ma nulla esclude che gli Stati nell'esercizio della loro discrezionalità individuino obblighi di SIEG con un ambito di applicazione territoriale ristretto o rispondente ai bisogni di un gruppo ben determinato³⁶⁰. Dunque, da questo *dictum* della sentenza può desumersi che la nozione di universalità va riferita, nell'esercizio della discrezionalità statale³⁶¹, più alle possibilità di accesso, che al numero di beneficiari della prestazione³⁶². A conferma del ragionamento seguito, i giudici comunitari istituiscono un confronto con il sistema pubblico di sicurezza sociale, ritenuto emblematico di un servizio universale in senso stretto, poiché fornito all'intera popolazione.

Questa affermazione incidentale è degna di nota in quanto potrebbe avanzarsi l'ipotesi che il Tribunale suggerisca come discriminare tra i servizi di protezione sociale e gli altri SIEG la dimensione più o meno ampia del requisito dell'universalità. Come si vedrà, nella sentenza *BUPA* non si affronta tale

³⁵⁹ Sentenza *BUPA*, cit., punti 181-184.

³⁶⁰ *Ibidem*, punti 186-187.

³⁶¹ Si soffermano sull'aspetto della discrezionalità, per cui lo Stato membro può configurare un'attività di SIEG come universale anche laddove non risponda ai bisogni di un'intera popolazione, A. BIONDI, op. cit., p. 404 e G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, pp. 56-57.

³⁶² Cfr. sentenza *BUPA*, cit. punto 186.

questione, malgrado essa rimanga sullo sfondo dell'operazione ermeneutica condotta dal Tribunale di primo grado.

Il Tribunale si sofferma, poi, sul carattere dell'obbligatorietà delle prestazioni di SIEG. Questo requisito, a parere dei giudici comunitari, consiste in ogni caso in una riduzione della libertà commerciale dell'impresa. La restrizione alla libertà d'impresa si modula diversamente a seconda se siano o meno presenti diritti speciali o esclusivi. Infatti, nel caso in cui all'impresa sia riservato un settore di mercato, *i.e.* sia destinataria di diritti speciali o esclusivi, l'obbligatorietà della prestazione consiste nell'esercizio di un'attività economica indipendentemente dai costi da essa generati; nel caso, invece, in cui l'impresa non sia titolare di diritti speciali o esclusivi, l'obbligatorietà della prestazione si traduce nell'obbligo di offrire il servizio a chiunque lo richieda. Tuttavia, con una precisazione degna di rilievo³⁶³, la restrizione della libertà commerciale insita nel requisito dell'obbligatorietà non è mai tale da annullare completamente la libertà di scelta dell'operatore sul mercato: permane, dunque, un certo margine di manovra per gli operatori, e quindi spazio per la concorrenza, nel fissare la qualità e il contenuto dei servizi. Anzi, sottolinea il Tribunale, tale libertà d'azione che residua comunque agli operatori risulta nell'interesse della Comunità in quanto limita l'applicazione delle regole di concorrenza a quanto è indispensabile per attuare la missione di SIEG³⁶⁴.

Pertanto, l'obbligatorietà della prestazione viene individuata, nell'assenza dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, nell'obbligo di contrattazione a condizioni costanti, con una limitazione quindi dell'autonomia contrattuale dell'operatore, tenuto a contrarre con chiunque ne faccia richiesta.

Proprio l'obbligatorietà della prestazione, ossia l'impossibilità di escludere dalla fruizione chiunque ne faccia richiesta, viene indicato dal Tribunale come la nota distintiva dei SIEG rispetto a qualsiasi altra attività economica³⁶⁵. Così le attività di SIEG si differenziano da tutti gli altri servizi economici, forniti invece sul mercato in modo completamente libero.

³⁶³ Sentenza *BUPA*, cit., punto 189.

³⁶⁴ Secondo A. BIONDI, op. cit., p. 404, tale libertà d'azione è necessaria per controbilanciare gli oneri posti dagli obblighi inerenti la prestazione di SIEG.

³⁶⁵ Sentenza *BUPA*, cit., punto 190.

Le specificazioni sin qui esposte sui requisiti delle attività di SIEG vengono, di conseguenza, riscontrate nel caso di specie.

Si rileva, innanzitutto, che la legislazione irlandese che regola il sistema di assicurazione privata di malattia individua - senza che possa ravvisarsi in tale valutazione compiuta dallo Stato membro un errore manifesto - un'attività di SIEG, fornendo una definizione dettagliata degli obblighi che incombono sugli operatori attivi su tale mercato, i quali risultano dunque investiti di una missione di SIEG chiaramente definita. Si ribadisce che non è necessario un atto che incarichi individualmente ogni assicuratore³⁶⁶.

Inoltre i giudici appurano che il carattere facoltativo dell'adesione al sistema di assicurazione privata di malattia, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, non porta ad escludere i due requisiti dell'universalità e dell'obbligatorietà: tali condizioni imposte alle società assicuratrici non richiedono l'affiliazione obbligatoria da parte degli utenti. Inoltre, l'universalità non è esclusa dalla possibilità che l'assicuratore rinunci completamente a fornire le prestazioni, lasciando il mercato³⁶⁷.

In particolare il Tribunale si sofferma sull'obbligo di tariffazione comune, visto come lo strumento tramite il quale l'Irlanda ha attuato un obiettivo di solidarietà intergenerazionale, scelta ritenuta legittima ai sensi del diritto comunitario in quanto rispondente al riparto di competenze fra Stati membri e Comunità risultante dagli articoli 16 e 152 Trattato CE.

Come in precedenza rilevato, i requisiti di universalità ed obbligatorietà non escludono una certa libertà di scelta per gli operatori: nel caso di specie questo aspetto viene individuato nella possibilità di stabilire i prezzi, nell'ambito di tariffe comuni a tutti gli utenti, distinte soltanto in relazione al prodotto.

Il Tribunale deduce quindi che il sistema di assicurazione privata istituito dall'Irlanda è conforme alla prima condizione *Altmark*.

³⁶⁶ Sentenza *BUPA*, cit., punti 182, 183.

³⁶⁷ *Ibidem*, punti 195-196. Secondo L. DRIGUEZ, op. cit., p. 25, tali conclusioni del Tribunale si allontanano dalla giurisprudenza tradizionale in tema di protezione sociale, come la sentenza *Albany*, cit. *supra* I capitolo, in cui l'obbligatorietà dell'affiliazione e l'assenza di selezione dei rischi sono valutati come meccanismi di solidarietà che escludono la presenza di un'attività economica.

Nell'ambito di questa dettagliata disanima, è degna di nota un'affermazione conclusiva dei giudici comunitari³⁶⁸, svolta sempre in relazione alla verifica del rispetto della prima condizione *Altmark*. Il Tribunale, infatti, implicitamente riconosce la possibilità che il sistema di assicurazione privata risponda ad obiettivi di *social welfare*, ribadendo la tesi avanzata dall'Irlanda e dalla Commissione e non contestata dalle ricorrenti, secondo cui il sistema *AMP* risponde ad un'esigenza imperativa di coesione sociale e solidarietà intergenerazionale. Il Tribunale però, anziché riferire questo argomento all'attuazione dell'articolo 16 Trattato CE, come forse ci si sarebbe aspettato³⁶⁹, collega la validità di tale ragionamento all'insindacabilità delle scelte svolte dagli Stati membri nell'esercizio delle loro competenze discrezionali.

2.3.3. La seconda condizione *Altmark*: la definizione dei parametri della compensazione nel sistema *RES*.

Molti profili di novità rispetto all'interpretazione che era stata avanzata da dottrina e Commissione riguardano l'applicazione della seconda condizione *Altmark*, relativa alla predeterminazione in maniera oggettiva e trasparente dei parametri di calcolo della compensazione.

Le ricorrenti ritengono che questo requisito non venga rispettato dal sistema *RES*, in quanto la sua gestione, così come l'erogazione dei finanziamenti, dipendono da valutazioni discrezionali dell'autorità ad essa preposta, l'*Health Insurance Authority (HIA)*, per un verso, e, per l'altro, del Ministero della Sanità irlandese.

I giudici comunitari ritengono non fondata tale argomentazione. Invero, anche in relazione alla seconda condizione *Altmark*, si tiene conto del *quantum* di discrezionalità di cui godono gli Stati membri nella definizione ed organizzazione dei SIEG. Tali margini di discrezionalità divengono più ampi se si considera che la compensazione degli obblighi di SIEG richiede la valutazione di fatti economici

³⁶⁸ Sentenza *BUPA*, cit., punto 204.

³⁶⁹ Si consideri che solo in questo luogo della sentenza viene sommariamente preso in considerazione l'aspetto della coesione sociale, senza tuttavia riferirlo all'art. 16 Trattato, disposizione citata unicamente a proposito del riparto di competenze fra Comunità e Stati membri in tema di SIEG.

complessi, come appare evidente in questo caso legato ad un articolato sistema di operazioni economico-contabili ed attuariali.

Di conseguenza, anche nel verificare il rispetto della seconda condizione si afferma la possibilità di un controllo ristretto da parte delle istituzioni comunitarie che mira alla verifica della presenza di parametri obiettivi e trasparenti tali da escludere il ricorso abusivo dello Stato membro alla nozione di SIEG³⁷⁰.

Nel caso di specie, si riconosce che il sistema *RES* è un sistema di compensazione, i cui parametri di calcolo sono chiari, seppur basati su formule economiche e matematiche complesse. Si configura, quindi, un meccanismo non discriminatorio e trasparente. Tali caratteristiche non sono escluse, a differenza di quanto oppongono le ricorrenti, dalla circostanza che le decisioni di procedere con i pagamenti destinati alle compagnie d'assicurazione sono prese dalle autorità amministrative preposte al sistema³⁷¹.

In sostanza il Tribunale collega il rispetto della seconda condizione *Altmark* alla conformità del sistema di compensazioni alla prima condizione, quindi alla definizione da parte dello Stato membro della nozione di SIEG.

In effetti i giudici di Lussemburgo hanno individuato un'interpretazione non molto rigida della seconda condizione *Altmark*, mettendo in risalto soprattutto la complessità della valutazione economica sottesa alla determinazione dei parametri di calcolo e quindi non escludendo la possibilità di aggiustamenti e modifiche. L'elemento della predeterminazione non viene affatto preso in considerazione.

In dottrina si suggerisce che il Tribunale abbia accolto un'interpretazione più ampia della nozione di parametri di calcolo, accordando agli Stati membri una certa flessibilità di manovra, con la possibilità di correggere la determinazione contabile svolta all'inizio, aumentando o riducendo l'elemento dei costi³⁷². Se così

³⁷⁰ Sentenza *BUPA* cit., punto 214. Si noti che il Tribunale cita a sostegno dell'argomentazione la propria sentenza *FFSA*, esaminata supra, capitolo II, par. 2. Come è noto, tale sentenza è considerata il *leading case* del criterio dell'aiuto di Stato cui aveva aderito il Tribunale di primo grado, impostazione successivamente rifiutata dalla Corte di giustizia, dapprima nella pronuncia *Ferring*, e poi nella sentenza *Altmark*. Appare dunque singolare che il Tribunale faccia ancora riferimento ad una pronuncia il cui contenuto è stato oggetto di un chiaro *revirement* giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia.

³⁷¹ *Ibidem* punti 216-217.

³⁷² Come pone in luce A. BIONDI, op. cit., p. 405, il quale ritiene che l'espressione "*parameters*" sia interpretata nel significato di "*bounds*". Si tenga conto anche delle opinioni a margine della

fosse, la soluzione affermata dal Tribunale sarebbe condivisibile, in quanto consentirebbe la compensazione anche in quei casi in cui l'impresa incaricata ha registrato una gestione finanziaria in perdita, dovuta a circostanze non previste e quindi non prese in considerazione nella preliminare definizione dei parametri di calcolo³⁷³, andando incontro alle opinioni critiche dei commentatori che avevano disapprovato l'esplicita scelta in senso opposto della sentenza *Altmark*³⁷⁴.

L'impostazione seguita dal Tribunale di primo grado nell'applicazione della seconda condizione *Altmark*, tuttavia, appare alquanto rinunciataria, se non deficitaria, visto che un aspetto essenziale nella formulazione della condizione in esame nella sentenza *Altmark*, ossia la predeterminazione dei parametri di calcolo, non è affatto menzionato. Di conseguenza, se la scelta della Corte di giustizia nella sentenza *Altmark* era criticabile poiché la finalità di trasparenza che la seconda condizione persegue alla fine può ridursi al mero rispetto di requisiti formali³⁷⁵; l'approccio seguito dai giudici del Tribunale nel caso di specie è allo stesso modo opinabile, in quanto l'obiettivo di raggiungere una relazione ispirata a trasparenza e non discriminazione fra Stati membri e imprese incaricate di SIEG non può dirsi raggiunto ponendo l'accento sulla complessità delle valutazioni economico-contabili e sulla relativa discrezionalità dello Stato membro. Ciò forse induce a negare che l'analisi svolta dal Tribunale sul punto si collochi nella direzione della chiarezza e della certezza del diritto in materia.

2.3.4. La lettura flessibile della terza condizione *Altmark*: dalla coincidenza fra i costi delle attività di SIEG e l'ammontare delle compensazioni alla relazione di necessità fra compensazioni ed obblighi di SIEG.

Un'interpretazione ancora più elastica si ha in riferimento alla terza condizione *Altmark*, che richiede la necessaria coincidenza dell'ammontare delle

sentenza *Altmark* che sottolineavano come i giudici della Corte di giustizia non avessero precisato, appunto, la nozione di "parametri di calcolo". In particolare si consideri A. ALEXIS, op. cit. pp. 4-5.

³⁷³ Si tenga conto che nella formulazione della seconda condizione *Altmark* si specifica che la compensazione delle perdite subite da un'impresa incaricata di SIEG, senza una preliminare definizione dei parametri, costituisce un aiuto di Stato ex art. 87, par. 1, Trattato CE.

³⁷⁴ Si consideri soprattutto M. DONY, op. cit. p. 135.

³⁷⁵ Così si sono espressi N. TRAVERS, op. cit. pp. 390-391; M. DONY, op. cit. pp. 135-136; A. SINNAEVE, op. cit. p. 356.

compensazioni con i costi sostenuti dall'impresa per porre in essere gli obblighi di SIEG individuati dall'Autorità.

Prima di procedere con la verifica del rispetto di tale condizione, il Tribunale ribadisce la sua coincidenza con il test di proporzionalità ricavabile dall'applicazione giurisprudenziale dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE³⁷⁶.

I ricorrenti sostengono che il sistema di equalizzazione dei rischi istituito dall'Irlanda non risponda a tale condizione. Infatti, questi ultimi ritengono che gli oneri generati dagli obblighi imposti agli assicuratori possono essere recuperati tramite l'adozione di normali misure commerciali praticate nel mercato delle assicurazioni, quale la segmentazione del mercato sulla base del rischio assicurato con la differenziazione dei premi e delle coperture corrispondenti, rendendo non necessario l'intervento di finanziamento statale. Inoltre, nel sistema *RES*, poiché il calcolo dei trasferimenti finanziari dal fondo agli assicuratori avviene sulla base del differenziale di rischio medio, non sembra riflettersi quella relazione diretta fra costi e ammontare della compensazione come previsto nella terza condizione *Altmark*.

I giudici comunitari, dinanzi a tali censure, sostengono in primo luogo che la libertà commerciale degli assicuratori è limitata fortemente dagli obblighi posti dalla legislazione irlandese; in particolare, l'obbligo di tariffazione comune impedisce che essi possano graduare il rischio assicurato mediante strategie commerciali basate su premi e coperture assicurative differenziate. Di conseguenza, l'intervento statale di compensazione è necessario in relazione ai costi supplementari generati dall'obbligo di tariffazione comune che dipende dall'adozione di un principio di solidarietà intergenerazionale³⁷⁷.

Infatti, le novità più dirompenti nell'interpretazione della terza condizione riguardano l'elemento dei costi.

Come è noto, la terza condizione *Altmark* richiede una relazione diretta fra costi generati dagli obblighi di SIEG ed ammontare della compensazione. Orbene, il

³⁷⁶ Cfr. sentenza *BUPA* cit., punto 224. Il Tribunale specifica che l'analisi del rispetto della terza condizione *Altmark* ed il test di proporzionalità *ex art. 86, par. 2, Trattato CE* sono coincidenti, ad eccezione dell'aspetto dell'efficienza dell'operatore incaricato. Le censure riferite all'aspetto dell'efficienza sono infatti esaminate nell'ambito degli argomenti che deducono l'assenza della quarta condizione *Altmark*.

³⁷⁷ Sentenza *BUPA* cit., punti 229-230.

Tribunale rileva che nel sistema del *RES* istituito dall'Irlanda non è possibile individuare tale relazione poiché il sistema non calcola la compensazione sulla base dei rimborsi effettivamente versati dall'assicuratore beneficiario, ma tali costi sono utilizzati, assieme a quelli di tutti gli altri operatori, per definire il profilo di rischio medio del mercato e per individuare gli operatori destinatari appunto del trasferimento finanziario.

Il sistema, quindi, argomenta il Tribunale, non sfugge alla terza condizione *Altmark* in quanto consente ad ogni assicuratore di sopportare soltanto il rischio medio che è rilevabile sul mercato dell'assicurazione privata di malattia. Ancora una volta, i giudici comunitari richiamano l'obiettivo della solidarietà intergenerazionale attuato mediante l'obbligo di tariffazione comune e di adesione aperta.

Il Tribunale giunge a questa interpretazione distinguendo fra le situazioni di fatto che erano alla base delle sentenze della Corte di giustizia nei casi *Ferring* ed *Altmark* e il sistema *RES*, di cui valuta la legittimità nel caso di specie. A parere del Tribunale, nei casi *Altmark* e *Ferring* è possibile una stretta applicazione della relazione diretta fra costi ed ammontare della compensazione in quanto i costi prodotti dall'esecuzione dei SIEG sono determinabili in modo preciso, situazione che invece non si verifica nel sistema irlandese. Pertanto, la valutazione del rispetto della terza condizione *Altmark* può svolgersi unicamente tenendo conto dell'obiettivo e dello spirito che ne hanno presieduto alla formulazione, aspetti che il Tribunale ritiene pienamente salvaguardati in un regime di compensazione quale il *RES* in cui l'ammontare della compensazione viene individuato sulla scorta di elementi oggettivi e chiaramente identificabili e controllabili³⁷⁸, quali il rischio medio sul mercato e il differenziale di rischio fra i vari operatori attivi del settore.

I giudici del Tribunale si sono dunque spinti fino ad un'interpretazione teleologica, se non ad una riscrittura³⁷⁹, della terza condizione *Altmark*: il requisito dell'ammontare della compensazione pari od inferiore ai costi sostenuti si traduce nel caso di specie in un nesso di strumentalità fra la compensazione e gli obblighi di SIEG individuati dallo Stato membro. Il Tribunale procede infatti alla verifica

³⁷⁸ Sentenza *BUPA* cit., punto 237.

³⁷⁹ In questo senso A. BIONDI, op. cit., p. 405.

che il sistema risponda a tale relazione di funzionalità, individuandola nel caso di specie nel fatto che gli operatori attivi sul mercato sopportano complessivamente un onere uguale: il rischio medio. Tale grandezza assicura dunque la realizzazione di quei requisiti di universalità ed obbligatorietà della prestazione posti dallo Stato membro.

In ultima analisi, infatti, i giudici comunitari ritengono il sistema di equalizzazione dei rischi e il valore economico-statistico su cui si poggia, il rischio medio, effettivamente in grado di attuare il principio di solidarietà intergenerazionale che l'Irlanda ha legittimamente scelto nell'ambito dell'esercizio delle sue prerogative statali. Se si procedesse ad un'interpretazione rigida della terza condizione *Altmark* si andrebbe, d'altronde, proprio a mettere in discussione il fondamento giuridico di tale scelta compiuta dallo Stato membro.

Il Tribunale, così argomentando, collega strettamente l'adempimento della terza condizione *Altmark* al rispetto della prima: se lo Stato membro ha correttamente individuato una missione di SIEG che deve essere attuata ed ha organizzato a tale fine un sistema di compensazione non discriminatorio ma ancorato ad elementi oggettivi e verificabili connessi a tali obblighi, non si è in presenza di un aiuto di Stato ai sensi del diritto comunitario. In questo modo, lo Stato, adempiendo alla prima condizione e definendo chiaramente gli obblighi di SIEG, perviene a rispettarne anche la terza³⁸⁰, conclusione in alcun modo ricavabile dalla formulazione testuale delle due condizioni.

Inoltre, la sentenza *BUPA* si distanzia dalla sentenza *Altmark* anche per aver trascurato quegli elementi di definizione dei costi che, in tale ultima pronuncia, la Corte di giustizia ha avuto modo di puntualizzare, ossia il riferimento ai ricavi e al margine di profitto ragionevole.

Il Tribunale, infatti, concludendo la sua valutazione sulla terza condizione *Altmark*, afferma che nel caso di specie tali elementi non possono essere presi in considerazione poiché il sistema di equalizzazione del rischio istituito dall'Irlanda nel mercato dell'assicurazione privata di malattia funziona in modo indipendente dai ricavi e dagli utili delle prestazioni. La scelta della Commissione nella decisione impugnata di non valutare tali elementi non è quindi censurabile:

³⁸⁰ Come suggerisce sempre A. BIONDI, op. cit., p. 405

l'Esecutivo comunitario ha correttamente rilevato che il sistema considerato non calcola il *quantum* della compensazione statale sulla base di costi direttamente legati alle prestazioni di SIEG³⁸¹. Non si può procedere, di conseguenza, neppure sotto questo aspetto, ad un'applicazione testuale del terzo requisito posto dalla sentenza *Altmark* senza trascurare le particolarità e pregiudicare l'attuazione della missione di SIEG individuata dall'Irlanda.

Il Tribunale di primo grado dunque riconosce che il sistema irlandese è «conforme all'obiettivo e allo spirito della terza condizione enunciata nella sentenza *Altmark*³⁸²». La lettura sin qui svolta dai giudici comunitari sembra suggerire che l'applicazione di tale parametro debba avvenire nel senso della flessibilità³⁸³, superando le difficoltà che emergono dall'uso di una terminologia alquanto vaga nella formulazione della condizione³⁸⁴.

Non si può, tuttavia, evitare di mettere in luce un aspetto che appare contraddittorio nella disanima compiuta dal Tribunale di primo grado e che forse ne inficia la coerenza complessiva. I giudici, infatti, sembrano aver trascurato che lo «spirito» che presiede alla formulazione delle condizioni nella sentenza *Altmark*, ed in particolare della terza condizione, include indiscutibilmente quello di evitare che l'intervento statale di finanziamento realizzi una sovracompensoazione a favore dell'impresa incaricata di SIEG, in contrasto, quindi, con la finalità, propria degli interventi compensativi, di restaurare l'equilibrio economico sul mercato assicurando al tempo stesso la garanzia dei servizi pubblici³⁸⁵. Orbene, nell'analisi compiuta dal Tribunale tale aspetto non viene preso affatto in considerazione³⁸⁶.

³⁸¹ Cfr. sentenza *BUPA*, punti 241-242.

³⁸² *Ibidem*, punto 237.

³⁸³ Così ritiene L. DRIGUEZ, op. cit., p. 26, la quale saluta con favore la lettura compiuta dai giudici del Tribunale nel segno della «*souplesse*».

³⁸⁴ In particolare la questione della misurazione dei costi prodotti dagli obblighi di servizio pubblico, come segnalano A. BIONDI, L. RUBINI, *Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies*, in E. SPAVENTA, M. DOUGAN (a cura di), op. cit., pp. 96-97; inoltre le difficoltà legate al significato da attribuire alle nozioni di “profitto ragionevole” e “relative entrate”, come posto in rilievo, sempre a margine della sentenza *Altmark*, da F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit., p. 70.

³⁸⁵ L'ammontare della compensazione pari o inferiore ai costi, come visto, è il fondamento teorico del criterio della compensazione che la Corte di giustizia ha sviluppato nella sentenza *Ferring* e perfezionato nella sentenza *Altmark*. Senza di esso viene meno la possibilità di qualificare gli interventi di finanziamento statale come *contrepartie* dello svolgimento di prestazioni di SIEG,

2.3.5. La quarta condizione *Altmark*, tra efficienza economica e neutralità dell'intervento statale.

La stessa tendenza ad un'applicazione flessibile delle condizioni della compensazione poste dalla Corte di giustizia si riscontra in riferimento all'esame della conformità del sistema *RES* al quarto requisito *Altmark*. Come è noto, la quarta condizione richiede che l'impresa incaricata di SIEG sia selezionata sulla base di una procedura pubblica di aggiudicazione ovvero, in mancanza di tale procedura, che l'ammontare della compensazione venga determinato sulla base dei costi sostenuti da un'impresa media.

Il Tribunale non si sofferma sull'aspetto dell'assenza della procedura di aggiudicazione, in questo modo implicitamente confermando le conclusioni della dottrina che, all'indomani della sentenza *Altmark*, ponevano in rilievo che non tutte le attività di SIEG possono essere oggetto di una procedura pubblica di aggiudicazione³⁸⁷.

I giudici comunitari affermano, anche in relazione al quarto requisito, l'impossibilità di una sua stretta applicazione, visto che il sistema *RES*, come già posto in rilievo in relazione al motivo che censurava il mancato rispetto della terza condizione *Altmark*, eroga compensazioni agli assicuratori calcolate in modo indipendente dai costi generati dalle prestazioni di SIEG considerate.

Occorre, quindi, nel valutare la conformità del sistema *RES* alla quarta condizione *Altmark*, riferirsi alla finalità di garantire che l'erogazione dei servizi avvenga al costo minore per la collettività, aspetto che, nell'analisi svolta dai giudici del Tribunale, sembra accomunare tanto la quarta quanto la terza condizione³⁸⁸.

I ricorrenti sostenevano che la condizione non potesse dirsi rispettata in quanto non vi era nel sistema *RES* alcun riferimento all'attività e ai costi sostenuti da un operatore efficiente, adducendo inoltre che il sistema avrebbe comportato

escludendoli dall'ambito di applicazione dell'art. 87, par. 1, Trattato CE. Si considerino in proposito le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano al caso *Ferring*, cit., punti 60-61, esaminate *supra*, capitolo II, par. 3.

³⁸⁶ Come nota A. BIONDI, op. cit., p. 405.

³⁸⁷ Si veda M. DONY, op. cit. p. 136.

³⁸⁸ Malgrado tale finalità venga riferita *expressis verbis* solo alla terza condizione. Cfr. sentenza *BUPA* cit, punto 246.

pagamenti più cospicui agli operatori con i costi maggiori, conseguenza anche di una gestione poco efficiente.

Il Tribunale confuta l'argomento posto dalle ricorrenti, riferendosi proprio all'interpretazione fornita della terza condizione, rispettata, come visto, in un sistema in cui l'ammontare delle compensazioni non è strettamente definito in base ai costi sostenuti per la prestazione dei servizi rientranti nell'assicurazione privata di malattia. Dunque, la conformità alla quarta condizione è individuata nella neutralità del sistema di equalizzazione dei rischi: i trasferimenti finanziari sono calcolati sulla base della grandezza del rischio medio, ossia di una sintesi dei costi sostenuti da tutti gli operatori attivi sul mercato assicurativo in un determinato periodo. Non è necessario il riferimento ad un'impresa media efficientemente gestita, così come si formula letteralmente nella sentenza *Altmark*.

Tale conclusione si giustifica anche in relazione al fatto che nel determinare il rischio medio non si tiene conto di tutti i costi sopportati dagli operatori nella gestione dell'attività di impresa per l'erogazione del SIEG, ma solo di quelli legati al rimborso, quindi la possibilità che la collettività si faccia carico di costi dovuti alle inefficienze degli operatori è remota³⁸⁹, poiché è sui costi diversi dal rimborso che si esprime la capacità di gestione efficiente dell'impresa da parte degli operatori ed in tale ambito rivive la concorrenza fra di essi³⁹⁰.

In effetti, dall'analisi compiuta dal Tribunale pare che il criterio di efficienza posto dalla quarta condizione *Altmark* non si applichi nei casi in cui vi è l'evidente impossibilità che la collettività si faccia carico di costi dovuti ad una gestione aziendale inefficiente³⁹¹.

Non sembra, tuttavia, che la lettura offerta dal Tribunale della quarta condizione *Altmark* apporti elementi di chiarezza rispetto alla sua complessa formulazione. Infatti, sotto un certo profilo, è possibile individuare una coerenza fra il giudizio del Tribunale nel caso di specie e la lettura fornita dalla Corte di giustizia nel caso

³⁸⁹ Il Tribunale ammette che vi possa essere un'incidenza sul sistema, in misura molto limitata, dei costi dovuti ad una gestione inefficiente. Tale eventualità, tuttavia, è scongiurata dalla previsione di appositi criteri tecnici di adeguamento e dalla fissazione di massimali nell'erogazione del trasferimento finanziario statale. Cfr. sentenza *BUPA* cit. punto 253.

³⁹⁰ Come sottolinea L. DRIGUEZ, op. cit. , p. 26.

³⁹¹ In tal senso conclude A. BARTOSCH, *The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark?*, cit. p. 211.

Chronopost, poiché si manifesta la consapevolezza che non è necessario, per escludere la presenza di un aiuto di Stato, in ogni caso svolgere un confronto con un operatore medio, aspetto invece che pare ineludibile, in assenza di una procedura di gara, nella logica del *benchmarking* che fonda la quarta condizione *Altmark*. Comunque, le affinità con la sentenza *Chronopost* si fermano a quest'aspetto, poiché il caso *BUPA* non concerne situazioni dove vi è un unico operatore sul mercato i cui costi rappresentano gli unici elementi di riferimento, come invece avviene nel caso sottoposto alla Corte di giustizia.

In effetti, il Tribunale pare fornire un'interpretazione alternativa, sempre nel segno della flessibilità, fondata su una lettura congiunta della terza e della quarta condizione *Altmark*. Nella verifica di entrambi i requisiti si sostituisce il riferimento ai costi con la grandezza economico-statistica del rischio medio, ritenuta in grado, al tempo stesso, di consentire che gli assicuratori adempiano agli obblighi di SIEG individuati, e di escludere che la collettività sovvenzioni operatori inefficienti. La presenza di un aiuto è quindi esclusa in un intervento statale di finanziamento il cui ammontare, pur non fondandosi sui costi, è calcolato in base ad un parametro parimenti oggettivo e non discriminatorio.

2.4. La conformità del RES all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Il Tribunale di primo grado ha riscontrato la conformità del sistema di equalizzazione dei rischi istituito dall'Irlanda nel settore dell'assicurazione privata di malattia alle condizioni poste dalla sentenza *Altmark*. Di conseguenza non si è in presenza di un aiuto di Stato ai sensi del diritto comunitario.

Il Tribunale, tuttavia, prosegue la sua analisi, valutando se il sistema di compensazioni possa risultare in violazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, malgrado ne abbia affermato più volte nel corso della sua pronuncia la coincidenza con le condizioni poste dalla giurisprudenza *Altmark*³⁹².

³⁹² Cfr. sentenza *BUPA*, cit. punto 259. Il Tribunale afferma di esaminare gli argomenti dedotti dalle parti nell'ambito del secondo motivo che riguarda la violazione dell'art. 86, par. 2, Trattato CE, solo nella misura in cui sono coinvolte questioni non esaminate nell'ambito della verifica dei criteri *Altmark*, il cui mancato rispetto è stato dedotto nel primo motivo di ricorso.

I giudici comunitari intraprendono, quindi, un esame della necessità e della proporzionalità del sistema RES alla luce della giurisprudenza sull'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Dopo aver ribadito la natura limitata all'errore manifesto del controllo da parte delle istituzioni comunitarie sulle scelte compiute dagli Stati membri ai sensi di quest'ultima norma del Trattato CE, il Tribunale ritiene che il sistema sia giustificato secondo il test di necessità. Infatti, si ravvisa che il mercato privato dell'assicurazione di malattia è soggetto all'eventualità di selezione attiva dei rischi: gli assicuratori mediante strategie di marketing selettive³⁹³ possono concentrarsi soltanto su soggetti con profili di rischio limitato, destabilizzando il mercato. Il Tribunale così conviene con la valutazione compiuta dalla Commissione nella decisione impugnata, ritenendo plausibile il verificarsi di tali effetti di destabilizzazione.

Per quanto attiene all'assenza di proporzionalità, i giudici comunitari ancora una volta si riferiscono agli obblighi che lo Stato irlandese aveva posto sugli assicuratori nell'esercizio della loro attività, ossia l'obbligo di adesione aperta e di tariffazione comune, individuando un collegamento funzionale di tali obblighi con il RES, nel senso che il sistema di equalizzazione dei rischi è funzionale a consentire che gli operatori interessati pongano in essere le prestazioni di SIEG nel rispetto di tali requisiti³⁹⁴. In altre parole, il sistema RES appare un necessario strumento di riequilibrio affinché gli obblighi di SIEG possano essere adempiuti dall'impresa incaricata in condizioni economicamente accettabili.

Nel concludere per la compatibilità del sistema all'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, il Tribunale rifiuta anche l'argomento delle ricorrenti per cui tale regolamentazione del sistema avrebbe reso meno agevole l'accesso a nuovi operatori. Orbene il Tribunale sostiene che gli obiettivi cui il sistema RES è preposto devono prevalere sull'esigenza di facilitare l'accesso al mercato³⁹⁵.

³⁹³ Il Tribunale fa riferimento alla strategia di "predazione" ovvero di "inseguitore del prezzo", comportamenti che si verificano quando i nuovi operatori fissano un prezzo notevolmente o leggermente inferiore rispetto a quello posto dall'operatore tradizionale, in modo da attrarre soggetti con profili di rischio non elevato.

³⁹⁴ In particolare, *ibidem* punto 295.

³⁹⁵ *Ibidem*, punto 302.

La valutazione compiuta dal Tribunale nella verifica del rispetto dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE può risultare alquanto ridondante rispetto all'analisi delle condizioni *Altmark*, ma, secondo quanto si sostiene in dottrina³⁹⁶, tale scrutinio può forse manifestare la volontà dei giudici comunitari di evitare qualsiasi dubbio sulla legittimità delle scelte compiute dalle Autorità irlandesi.

La valutazione compiuta dal Tribunale sul rispetto dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE viene ritenuta perfettamente in linea con la giurisprudenza tradizionale su tale norma³⁹⁷.

Ciò nondimeno, il quadro non è privo di perplessità, soprattutto perché l'analisi svolta dal Tribunale non sembra contribuire a chiarificare il rapporto fra i due parametri di legittimità: le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

2.5. Considerazioni complessive: un'applicazione flessibile delle condizioni *Altmark* al costo di una svalutazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE?

L'ultima osservazione permette di condurre una riflessione più generale sull'apporto complessivo della sentenza *BUPA* in relazione all'analisi sinora condotta sulle condizioni di legittimità dei finanziamenti statali alle imprese incaricate di SIEG.

Non può mettersi in dubbio la posizione di importanza che la pronuncia assume nello scenario successivo alla sentenza *Altmark*: i giudici del Tribunale di primo grado, al di là di un certo tecnicismo, si sono assunti la responsabilità di interpretare tutte le quattro condizioni enunciate nella sentenza *Altmark*, conferendo ad esse finalmente una dimensione di attualità ed effettività.

Il frequente riferimento all'obiettivo e allo spirito delle condizioni *Altmark* indica la direzione seguita in tale operazione ermeneutica: i giudici hanno svolto

³⁹⁶ Così L. DRIGUEZ, op. cit., p. 26.

³⁹⁷ In questo senso A. BIONDI, op. cit., p. 403, secondo il quale i giudici del Tribunale non si discostano dall'interpretazione generosa della norma di deroga che nel tempo è stata fornita dalla giurisprudenza comunitaria.

un'interpretazione di tipo teleologico delle condizioni, quasi normative³⁹⁸, della sentenza *Altmark*, concentrando l'attenzione non sugli elementi desumibili dalla formulazione testuale, ma sulla ricerca della finalità cui ciascun requisito tende³⁹⁹. Occorre valutare se effettivamente la pronuncia del Tribunale nel caso di specie consenta l'individuazione di un quadro giuridico esaustivo sulle condizioni di legittimità del finanziamento statale alle imprese incaricate di SIEG.

Innanzitutto, non si può far a meno di notare che il Tribunale, nello svolgere tale operazione ermeneutica, abbia scelto marcatamente la strada della deferenza nei confronti delle scelte compiute dagli Stati membri in tema di SIEG, aspetto che si presta a vari ordini di considerazioni.

Infatti, si può sostenere che la sentenza *BUPA* costituisca una sorta di compromesso fra la sentenza *Ferring* e la sentenza *Altmark*: 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 individuano 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.

La soluzione compromissoria così individuata dai giudici del Tribunale, affermando l'impossibilità di prescindere dalle condizioni *Altmark* nel finanziamento, ma accordando, al tempo stesso, margini di discrezionalità maggiori agli Stati membri nell'attuazione di tali condizioni, consente interventi di sostegno statale più numerosi ed effettivi, in grado di manifestare l'attenzione che, nella costruzione comunitaria, è riservata alle missioni di SIEG.

Nello specifico, la chiave di lettura, secondo i commentatori⁴⁰⁰, è da individuarsi in quel *dictum* della sentenza in cui si prende atto che il sistema di equalizzazione dei rischi istituito dall'Irlanda nel mercato dell'assicurazione di malattia è regolato mediante disposizioni generali. In sostanza, laddove lo Stato membro istituisca un quadro regolamentare che prevede un regime di finanziamento delle imprese

³⁹⁸ Come sostengono F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit., p. 69.

³⁹⁹ Cfr. sentenza *BUPA* cit., punto 160.

⁴⁰⁰ L'opinione è portata avanti da A. BIONDI, op. cit., p. 406.

incaricate di SIEG, ancorato a parametri obiettivi e trasparenti, l'assenza di predeterminazione nel dettaglio di ogni elemento, e di conseguenza la presenza di un margine di discrezionalità per le autorità interne preposte alla sua attuazione, non comporta la sua illegittimità ai sensi del diritto comunitario.

La pronuncia del Tribunale non soltanto legittima una maggiore flessibilità di intervento per gli Stati membri, ma si intravedono profili nuovi anche per l'attività della Commissione in questo settore.

Invero, la sentenza *BUPA* esprime uno scrutinio differente rispetto all'applicazione rigida e puntuale che l'Esecutivo comunitario ha svolto delle condizioni *Altmark*, all'indomani della loro formulazione, orientamento che portava a riscontare in rari casi la conformità dei sistemi nazionali di finanziamento delle attività di SIEG.

L'enfasi giurisprudenziale sulla discrezionalità statale e sull'applicazione flessibile delle condizioni, rimettendo in discussione i metodi utilizzati nella pratica decisionale, prospetta per la Commissione la possibilità più ampia rispetto al passato di adottare, nell'ambito delle sue attività istituzionali di monitoraggio e controllo del mercato interno, un approccio differenziato e settoriale in relazione ai SIEG.

Occorre, tuttavia, considerare che l'interpretazione flessibile che il Tribunale di primo grado ha condotto delle condizioni *Altmark* è basata sull'assunto che tali condizioni coincidano ampiamente con il test di necessità e proporzionalità posto dalla *derogation encadrée* dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE⁴⁰¹. È proprio la coincidenza dal punto di vista applicativo dei due parametri che spinge i giudici del Tribunale ad «*applicare i criteri formulati nella sentenza Altmark conformemente allo spirito e alle finalità che hanno presieduto alla loro enunciazione*».

Come può rilevarsi tale orientamento non è privo di conseguenze dal punto di vista della coerenza del quadro giuridico fin qui raggiunto. Come è noto, dalla sentenza *Altmark* si desume che le quattro condizioni costituiscono dei requisiti cumulativi per escludere l'applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE; quando il regime di finanziamento non è conforme ad almeno una delle condizioni ed è quindi astrattamente qualificabile come aiuto di Stato, si valuta se tale regime sia

⁴⁰¹ Cfr. sentenza *BUPA* cit. punto 160.

comunque legittimo *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, la cui applicazione è stata dapprima recuperata dalla Commissione in via interpretativa nella prassi decisionale e successivamente confermata dalla stessa istituzione in un atto vincolante e in un atto di *soft law*. La soluzione fin qui raggiunta è di particolare complessità ma consente, da un lato, un'applicazione delle regole comunitarie conforme alle indicazioni della Corte di giustizia, e dall'altro, e soprattutto, rispetta il rapporto ricavabile dal Trattato tra regola generale ed eccezione, quale è quello fra l'articolo 87 e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Orbene, questa soluzione pare messa in discussione dalla pronuncia del Tribunale. Infatti, sembra che *in subiecta materia* il ruolo dell'articolo 86, paragrafo 2, sia ridotto a quello di parametro interpretativo delle condizioni *Altmark*, come ad esempio non può notarsi nella interpretazione della terza condizione: la relazione diretta fra costi ed ammontare della compensazione pare tradursi nella verifica della relazione di necessità del finanziamento statale in vista del raggiungimento delle missioni di SIEG. Senza trascurare che il richiamo, quasi *ad abundantiam*, del rispetto dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, dopo che si è rilevata la conformità alle condizioni *Altmark*, non pare restituire un ruolo incisivo della norma in questa materia.

Di certo, la soluzione individuata dal Tribunale è dettata dalla complessità del dettato delle condizioni e soprattutto da quella coincidenza di contenuti fra alcune condizioni *Altmark* ed i requisiti di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE che prima i commentatori⁴⁰², poi la Commissione nel pacchetto Monti avevano posto in rilievo. In alternativa può considerarsi che il Tribunale di primo grado aderisca a quell'opinione dottrina che considera le condizioni *Altmark* un'applicazione indiretta dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, in quanto si ritiene che le esigenze di deroga posta da quest'ultima norma vengono prese in considerazione per valutare la presenza o meno di un vantaggio ai fini

⁴⁰² Come è stato osservato, tra gli altri, da A. BARTOSCH, *Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, op. cit., pp. 385-386; A. SINNAEVE, op. cit., p. 357; D. GALLO, op. cit., in P. DE CATERINI (a cura di), op. cit., p. 29 ss. Si consideri *supra* capitolo II, par. 5.4.

dell'applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE⁴⁰³, tesi della cui coerenza logica, tenuto conto della sentenza *Altmark* e del successivo pacchetto Monti, può dubitarsi⁴⁰⁴.

L'applicazione flessibile delle condizioni *Altmark* sembra essere dunque fondata su una svalutazione del contenuto normativo dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

In ogni caso, anche non condividendo tale appunto sulla privazione di significato dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, il bilancio in tema di chiarificazione delle regole comunitarie sulla legittimità delle compensazioni statali alle imprese incaricate di SIEG può considerarsi alquanto deludente. Non si va al di là del riconoscimento di un più ampio margine di manovra per gli Stati membri. Ci si può domandare se ciò costituisca o meno un progresso, anche dal punto di vista degli operatori e degli utenti dei servizi.

Tutto il ragionamento fin qui svolto è però sottoposto alla condizione che l'analisi condotta dal Tribunale di primo grado abbia validità generale in relazione a tutte le attività di SIEG e non sia limitato alla specificità del settore considerato, come pure potrebbe desumersi dal testo della sentenza⁴⁰⁵.

Infine, per quanto concerne gli aspetti più generali, dalla lettura della sentenza emerge implicitamente la validità di schemi concorrenziali, anche se con qualche correttivo, per la gestione di servizi legati al *Social welfare*, quale è effettivamente l'assicurazione contro il rischio malattia.

⁴⁰³ È la tesi di O. LYNSKEY, *The Application of Article 86(2) EC to Measures Which do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2007, p. 160. La stessa visione è stata di recente avanzata anche da G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, op. cit., p. 109 ss. il quale afferma che se la compensazione rispetta le condizioni *Altmark* la fattispecie si colloca esclusivamente nell'ambito di applicazione dell'art. 86, par. 2, Trattato CE.

⁴⁰⁴ Si possono a tal proposito trasporre le critiche al criterio della compensazione quale emerso dalla sentenza *Ferring*, in particolare la tesi dell'Avvocato generale Lèger, nelle sue conclusioni al caso *Altmark*, in cui si sostiene che il criterio della compensazione confonda l'aspetto della definizione con quello della giustificazione di un aiuto di Stato e l'opinione dottrina, aderente alla tesi dell'Avvocato generale, di N. LINDNER, *The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law*, in *European Law Review*, 2003, p. 361. Cfr. conclusioni del 19 marzo 2002 al caso *Altmark* cit., punti 74-78, su cui *supra*, capitolo II, par. 3.1.1.

⁴⁰⁵ In particolare il punto 160: «occorre applicare i criteri formulati nella sentenza *Altmark* [...] secondo modalità adatte alle specificità della presente specie».

Il Tribunale, tuttavia, non esamina le sollecitazioni che possono scorgersi in relazione a problematiche di questo genere che sono poste dall'integrazione comunitaria. Può, infatti, censurarsi nella sentenza in esame l'assenza di chiarificazioni sul rapporto fra SIEG e servizi sociali: il Tribunale non si spinge a porre elementi di riflessione su tale tematica né su quella più generale del ruolo dei SIEG nel sistema comunitario⁴⁰⁶, limitandosi a ribadire più volte il riparto di competenze in questo settore fra Stati membri e Comunità.

3. La sentenza nel caso *Deutsche Post AG*.

Un'altra recente applicazione della giurisprudenza *Altmark* da parte del Tribunale di primo grado è rappresentata dalla pronuncia del 1 luglio 2008 relativa al caso *Deutsche Post AG*⁴⁰⁷.

In tale sentenza i giudici comunitari non si soffermano sull'applicazione delle condizioni della compensazione poste dalla sentenza *Altmark*, quanto piuttosto sulle premesse sistematiche su cui si fonda il ragionamento della Corte di giustizia quanto alla nozione di aiuti di Stato e di vantaggio conferito all'impresa.

3.1. I fatti della causa.

Il contesto normativo ed economico su cui interviene la pronuncia del Tribunale riguarda l'organizzazione del sistema postale tedesco.

Nel 1989 l'azienda pubblica che forniva i servizi di poste e telecomunicazioni viene scissa in tre distinte entità, tra le quali vi è la *Deutsche Post AG*⁴⁰⁸ che assume nel suo oggetto sociale la fornitura dei servizi postali. In particolare leggi federali attribuiscono alla *Deutsche Post AG* il monopolio del servizio di distribuzione e recapito della corrispondenza.

⁴⁰⁶ Tale aspetto della pronuncia del Tribunale è ritenuto alquanto deludente da L. DRIGUEZ, op. cit., p. 25. La critica è condivisa da A. BIONDI, op. cit., p. 406, il quale, tuttavia, non manca di far notare che la soluzione non può provenire dal contenzioso, tenendo conto che neppure nel Trattato di Lisbona si prendono posizioni *tranchantes* sul tema.

⁴⁰⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado del 1 luglio 2008 *Deutsche Post AG contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-266/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴⁰⁸ Assume questa denominazione a partire dal 1995, quando si stabilì la sua trasformazione in società anonima.

Accanto a questo settore, la stessa società opera nel settore del trasporto dei pacchi e in quello dei trasporti di giornali e dei periodici; tuttavia, in tali settori, la *Deutsche Post AG* non gode di un diritto esclusivo, trattandosi quindi di attività aperte alla concorrenza.

Nel settore del trasporto dei pacchi la legislazione tedesca prevede una serie di obblighi relativi allo svolgimento del servizio in condizioni di universalità sul territorio dello Stato membro. La stessa legislazione prevede dei trasferimenti finanziari da parte di una delle tre entità giuridiche nate per scissione dalla precedente amministrazione tedesca delle poste, laddove un'altra delle tre registri delle perdite cui non può rimediare tramite risorse proprie.

Nel periodo 1990-1995 si registrano trasferimenti finanziari a favore di *Deutsche Post AG* da parte di *Deutsche Bundespost Telekom*.

Un'impresa privata attiva nel settore di distribuzione dei pacchi ed un'associazione di imprese private di servizi di corriere espresso denunciano alla Commissione che tali trasferimenti finanziari costituiscono un aiuto di Stato illegittimo, volto in particolare a ripianare le perdite derivanti dall'attuazione di una politica di vendita sottocosto dei servizi di trasporto pacchi a domicilio⁴⁰⁹.

La Commissione si pronuncia con una decisione nel 2002⁴¹⁰ stabilendo che la Repubblica federale di Germania ha dato luogo ad aiuti di Stato illegittimi a favore di *Deutsche Post AG* ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, poiché i trasferimenti finanziari non erano connessi all'adempimento di un SIEG, ma a ripianare le perdite finanziarie in un settore in regime di concorrenza dovute ad una strategia aziendale non fruttuosa, quale quella della vendita dei servizi di trasporto pacchi sottocosto.

⁴⁰⁹ La politica di vendita di servizi di trasporto pacchi sottocosto veniva anche denunciata come sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte di *Deutsche Post AG*, in violazione dell'art. 82 Trattato CE. Tale denuncia porta alla decisione della Commissione 2001/354/CE, in cui si riconosce la violazione dell'art. 82 Trattato CE da parte di *Deutsche Post AG*, con la condanna ad un'ammenda.

⁴¹⁰ Decisione della Commissione del 19 giugno 2002, 2002/753/CE, pubblicata in GUCE, serie L 247, p. 27.

3.2. L'impugnazione della decisione e il giudizio del Tribunale.

La *Deutsche Post AG* impugna dinanzi al Tribunale di primo grado la decisione della Commissione.

Nel procedimento interviene a sostegno della ricorrente la Repubblica federale di Germania.

La ricorrente deduce la violazione da parte della Commissione degli articoli 87, paragrafo 1, e 86, paragrafo 2, Trattato CE, in quanto non ha dimostrato che i trasferimenti finanziari costituiscono un vantaggio per l'impresa, poiché non ha esaminato se il loro importo superava gli oneri derivanti dalla gestione delle attività di SIEG. Inoltre, la società *Deutsche Post AG* sostiene l'errore manifesto della Commissione nel ritenere che le perdite di gestione fossero derivate dalla vendita di servizi di trasporto pacchi sottocosto e non dagli oneri aggiuntivi legati ad obblighi di SIEG in tale settore di attività⁴¹¹.

Dopo aver richiamato il disposto degli articoli 87, paragrafo 1, e 86, paragrafo 2, Trattato CE, il Tribunale focalizza la sua argomentazione giuridica sulla nozione di aiuto di Stato, richiamandone gli elementi costitutivi così come individuati da costante giurisprudenza. In particolare i giudici comunitari si concentrano sulla sua obiettività, aspetto che è funzione della presenza o meno del conferimento di un vantaggio all'impresa beneficiaria che deve scaturire dalla misura statale contestata⁴¹².

Inoltre, laddove la misura statale di finanziamento contestata si rivolga ad imprese incaricate di SIEG, l'esame deve essere condotto ai sensi della giurisprudenza *Altmark* della Corte di giustizia in cui si pongono le condizioni in presenza delle quali l'intervento finanziario statale non attribuisce un vantaggio all'impresa destinataria, configurandosi come mera contropartita degli obblighi di servizio pubblico da assolvere nello svolgimento dell'attività economica considerata⁴¹³.

⁴¹¹ Cfr. sentenza *Deutsche Post AG*, punti 51-53.

⁴¹² *Ibidem*, punto 70.

⁴¹³ *Ibidem*, punti 72-73.

Il Tribunale deduce dalla giurisprudenza *Altmark* che non può aversi un vantaggio e quindi un aiuto laddove l'ammontare della compensazione è inferiore ai costi supportati dall'impresa.

Sulla base di tali premesse, il Tribunale procede a verificare se la decisione della Commissione abbia stabilito la presenza o meno di tale vantaggio, tenendo conto delle censure addotte dalla ricorrente.

Nello svolgimento di tale verifica i giudici comunitari rilevano che l'esame condotto dall'Esecutivo comunitario era carente in quanto una serie di aspetti fondamentali non erano stati presi in esame nella decisione impugnata.

Innanzitutto la Commissione non si è pronunciata sulla natura o meno di SIEG dell'attività di trasporto pacchi attribuita alla *Deutsche Post AG*, seppure in presenza di informazioni fornite in tal senso fornite dalla Germania⁴¹⁴.

Inoltre, sempre tenendo conto delle informazioni fornite dalla Germania, nella decisione non si contesta l'ammontare dei costi aggiuntivi connessi allo svolgimento di SIEG nel trasporto pacchi, di conseguenza implicitamente la Commissione ammette che la società ha sostenuto dei costi aggiuntivi per le attività di SIEG, ulteriori rispetto ai costi generati dalla vendita sottocosto su cui ha invece focalizzato la sua analisi.

Soprattutto, la Commissione non ha quantificato l'ammontare dei trasferimenti finanziari effettuati da *Deutsche Bundespost Telekom* a *Deutsche Post AG*, di conseguenza non verificando se essi fossero inferiori o meno rispetto ai costi aggiuntivi maturati in relazione all'attività di SIEG. Infatti, la Commissione ha unicamente manifestato una difficoltà nel procedere con l'analisi di tale aspetto, ma non la sua impossibilità di valutazione o tanto meno l'assenza di collaborazione da parte delle Autorità tedesche nel fornire i dati necessari. Quindi, la Commissione ha presunto che i trasferimenti finanziari di cui ha beneficiato *Deutsche Post AG* fossero superiori ai costi considerati⁴¹⁵.

⁴¹⁴ *Ibidem*, punto 80.

⁴¹⁵ Sentenza *Deutsch Post AG*, punti 85-88.

Il Tribunale in questo modo deduce che la Commissione non ha dimostrato che la società ricorrente abbia ricevuto un vantaggio ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, di conseguenza la decisione è annullata⁴¹⁶.

I giudici comunitari proseguono ulteriormente l'analisi della decisione per quanto attiene al profilo delle perdite generate dalle vendite sottocosto. Il Tribunale rileva che la Commissione ha compiuto una valutazione errata nel considerare che tali perdite fossero ripianate dai trasferimenti posti dalla legislazione federale a favore della ricorrente⁴¹⁷.

3.3. Valutazioni complessive.

Il giudizio del Tribunale si focalizza sulle difficoltà legate all'individuazione della nozione di vantaggio in relazione a misure statali di finanziamento di imprese incaricate di SIEG⁴¹⁸. Chiaramente il giudizio si ascrive a quella "concezione netta" dell'aiuto di Stato⁴¹⁹ che è il fondamento teorico del criterio della compensazione che la Corte di Giustizia ha adottato dapprima nella sentenza *Ferring*, sposando sul punto la tesi del suo Avvocato generale, e poi consacrato, con i dovuti distinguo, nella sentenza *Altmark*.

Dalla lettura della sentenza *Deutsch Post AG* sembra appurato che in presenza di misure di finanziamento statale che riguardano imprese incaricate di attività di SIEG, l'analisi della sua legittimità ai sensi del diritto comunitario non può prescindere dalla ricostruzione operata nella sentenza *Altmark* per valutare se esse rientrano o meno nell'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Il Tribunale, tuttavia, non scende nel dettaglio dell'applicazione della sentenza *Altmark* e delle sue condizioni, considerandola invece nella sua globalità e

⁴¹⁶ Si noti che il Tribunale non esplicita se *Deutsch Post AG* abbia ricevuto un vantaggio o meno in quanto non può sostituirsi ad un esame che compete alla Commissione. Così sentenza *Deutsch Post AG*, punto 95.

⁴¹⁷ I giudici rilevano *ad abundantiam* che dai dati contabili forniti risulta che i trasferimenti finanziari non coprono le perdite registrate nel settore. In particolare, si considerino i punti 108-109 della sentenza in esame.

⁴¹⁸ Secondo L. IDOT, *SIEG et évaluation de l'avantage*, in *Europe*, 2008, p. 27, la sentenza in esame costituisce l'occasione per chiarire gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato vietato, focalizzando l'attenzione sul concetto di vantaggio quale risulta dalla giurisprudenza *Altmark*.

⁴¹⁹ Cfr. *supra* capitolo II, paragrafo 3.1.1.

concentrandosi solo sull'assunto di fondo di tale pronuncia: gli interventi statali di finanziamento diretti a compensare attività di SIEG non possono costituire ai sensi del diritto comunitario aiuti di Stato, conclusione tanto più inconfutabile se il loro ammontare è inferiore ai costi sostenuti dall'impresa nello svolgimento dell'attività di SIEG. Sembra che a livello concettuale il Tribunale abbia compiuto un'opera di semplificazione nell'applicazione delle giurisprudenza *Altmark*: la possibilità di qualificare un intervento statale di finanziamento come aiuto va esclusa radicalmente quando il suo ammontare è inferiore ai costi sostenuti.

Confrontando tale soluzione con quella che pochi mesi prima lo stesso Tribunale di primo grado ha offerto in *BUPA*, si è in presenza di indicazioni differenti: nel caso *BUPA* l'aspetto dei costi e dell'ammontare delle compensazioni è trascurato a favore di un'analisi concentrata sulla corretta individuazione di una missione di SIEG; nel caso di specie, invece, si desume un'interpretazione più aderente all'analisi economica che si è svolta nella sentenza *Altmark*⁴²⁰, focalizzando l'analisi sull'aspetto dei costi, malgrado i giudici comunitari abbiano soltanto enunciato tale aspetto in relazione alla necessità di applicare al caso di specie tale giurisprudenza.

A fini sistematici, inoltre, può prendersi in considerazione in particolare un *dictum* della sentenza nel caso *Deutsche Post AG* in cui il Tribunale afferma: “*quando siano state concesse risorse di Stato in compensazione di costi aggiuntivi connessi con lo svolgimento di un SIEG alle condizioni previste ai precedenti punti 72 e 73*⁴²¹, la Commissione non può, senza privare l'art. 86, n. 2, CE, di qualsivoglia effetto utile, qualificare quale aiuto di Stato, del tutto o in parte, le risorse pubbliche concesse, se l'importo complessivo di tali risorse resti inferiore ai costi aggiuntivi generati dallo svolgimento del suddetto compito di SIEG [...].⁴²²” Da tali affermazioni sembra scaturire una prospettiva innovativa, contrastante con l'opinione prevalente, nella valutazione della sentenza *Altmark*: il Tribunale sembra affermare che un intervento statale che rispetta le condizioni *Altmark*, e

⁴²⁰ In questo senso, tra gli altri, l'opinione di A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p. 240.

⁴²¹ Sono i punti della sentenza in cui si enumerano le condizioni *Altmark*.

⁴²² Sentenza *Deutsche Post AG*, punto 74.

soprattutto il cui ammontare è inferiore ai costi generati dall'attività di SIEG, è legittimo poiché rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, individuando così una portata autonoma della norma, prescindendo dalla preliminare applicazione della regola generale posta dall'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Tale assunto può essere considerato un elemento ulteriore, sebbene alquanto sfumato, nel lungo e articolato dibattito sul rapporto fra le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Da questo punto di vista la sentenza *Deutsch Post AG* può accostarsi alla pronuncia del Tribunale nel caso *BUPA*, in cui, come si è avuto modo di notare, si riconosce espressamente la loro ampia coincidenza nell'esame della legittimità delle compensazioni di obblighi di servizio pubblico.

4. Il finanziamento del SIEG di radiotelevisione: la pronuncia del Tribunale nel caso *SIC*.

Significativa è la pronuncia del Tribunale di primo grado del 26 giugno 2008 nel ricorso di legittimità presentato dalla società *SIC*⁴²³, emittente radiotelevisiva privata portoghese, avverso una decisione della Commissione del novembre 2001 concernente le misure adottate dallo Stato portoghese nei confronti di *RTP*, società a capitale pubblico incaricata del servizio pubblico di radiotelevisione.

4.1. La vicenda processuale ed il contesto giuridico.

La decisione della Commissione⁴²⁴ scaturisce da un procedimento avviato ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 2, Trattato CE, in cui l'Esecutivo comunitario ha preso in esame una serie di misure finanziarie⁴²⁵ poste in essere dal Portogallo a favore

⁴²³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 giugno 2008, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-442/03, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴²⁴ Decisione della Commissione del 15 ottobre 2003, 2005/406/CE, *Misure ad hoc attuate dal Portogallo a favore di RTP*, pubblicata in GUUE del 6 giugno 2005, serie L 142, p. 1.

⁴²⁵ Le misure contestate riguardano l'esenzione dal pagamento di diritti e spese di registrazione dell'atto costitutivo della *RTP*; le agevolazioni di pagamento del canone per lo sfruttamento della

di *RTP*, concludendo che alcune di esse sono aiuti di Stato compatibili con il Mercato comune *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE⁴²⁶, mentre altre invece non costituiscono aiuti di Stato⁴²⁷.

La vicenda attiene ad un settore particolare di attività di SIEG in cui la sensibilità degli Stati membri è particolarmente alta. Al servizio pubblico di radiodiffusione, come è noto, è dedicato un apposito Protocollo annesso al Trattato CE con il Trattato di Amsterdam⁴²⁸.

In tale protocollo gli Stati membri esplicitano il collegamento dei servizi di radiodiffusione con le esigenze della vita democratica e culturale della società europea e prendono atto della necessità di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione. Proprio in vista di tali obiettivi, raggiungibili con l'adempimento della missione di interesse generale che ai SIEG di radiotelevisione è attribuita, gli Stati ribadiscono l'ampia discrezionalità di cui godono nel finanziamento dei servizi radiotelevisivi. Il finanziamento statale, così, può derogare alle norme di concorrenza nella misura in cui non si realizzi un pregiudizio all'interesse della Comunità.

Le problematiche sottese alla volontà degli Stati espressa nel Protocollo riguardano il caso all'esame del Tribunale di primo grado.

Il ricorrente è una società privata che gestisce un canale televisivo commerciale e propone ricorso avverso la decisione della Commissione che, come visto, considerava legittime le misure di finanziamento poste in essere dallo Stato portoghese nei confronti dell'emittente pubblica *RTP*, di cui è diretta concorrente, in quanto quest'ultima svolge la sua attività anche in settori propriamente commerciali. In particolare la ricorrente censura che la decisione della Commissione, da un alto, è stata emessa in violazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, quando stabilisce che alcune misure finanziarie adottate dallo Stato portoghese sono aiuti compatibili con il Mercato comune; dall'altro, la decisione

rete di radiodiffusione; la rateizzazione del debito far la *RTP* e l'ente portoghese di sicurezza sociale, l'emissione di obbligazioni garantita dallo Stato portoghese, aumenti di capitale e prestiti concessi dallo Stato portoghese. Le misure elencate si sono variamente verificate in un arco temporale che va dal 1993 al 1998. Si veda per un elenco più dettagliato la sentenza *SIC*, cit., punto 14 e la decisione impugnata.

⁴²⁶ Cfr. decisione impugnata, art. 1.

⁴²⁷ *Ibidem*, art. 2.

⁴²⁸ Protocollo n. 32 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri.

contrasta con l'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE escludendo che gli altri interventi statali a favore di *RTP* sono aiuti ai sensi di quest'ultima norma.

4.2. Il giudizio del Tribunale.

4.2.1. Sulla violazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE: ulteriori precisazioni sulla nozione di aiuto vietato.

Il Tribunale di primo grado preliminarmente esamina le censure relative a quelle misure finanziarie attuate dal Portogallo di cui la Commissione ha escluso la natura di aiuti di Stato.

Tali misure comprendono innanzitutto l'esenzione dal pagamento della *RTP* dalle imposte di registrazione del suo atto di trasformazione in società per azioni, nonché l'esenzione senza limiti dal pagamento di diritti ed onorari di ogni eventuale atto di iscrizione, registrazione, annotazione che *RTP* si troverà a porre in essere⁴²⁹.

I giudici comunitari in relazione a tale censura fanno notare che il ricorrente ha giustamente individuato due profili di vantaggio per la società *RTP*: il primo, specifico, nel caso dell'esenzione dal pagamento dei diritti di registrazione dell'atto di trasformazione; il secondo, permanente, in relazione all'esenzione dalle spese di registrazione ed annotazione di ogni ulteriore atto di cui l'ordinamento giuridico interno richiede tali formalità.

A parere del Tribunale, la Commissione non ha sufficientemente provato che tali profili di vantaggio fossero esclusi in relazione alle misure in esame, e quindi non viene fondata giuridicamente la conclusione che le misure summenzionate non costituiscono aiuti di Stato⁴³⁰.

In particolare, i giudici di Lussemburgo rifiutano l'argomento della Commissione secondo cui l'esenzione permanente dalle spese di registrazione e annotazione è direttamente connessa alla realizzazione di una missione di interesse generale, in quanto il ragionamento svolto dalla Commissione per escludere che ulteriori

⁴²⁹ Entrambe le esenzioni previste per legge.

⁴³⁰ Cfr. sentenza *SIC*, cit., punti 67, 70, 78.

ragioni fossero state prese in considerazione dal Portogallo nello stabilire la misura contestata non risulta suffragato da alcuna prova⁴³¹.

Per quanto riguarda la prima censura, il Tribunale disapprova che la Commissione non abbia esaminato l'aspetto dell'assenza di vantaggio per poter negare che la misura contestata costituisca un aiuto ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Si desume quindi una consolidata adesione del Tribunale alla concezione netta dell'aiuto di Stato, aspetto dibattuto in precedenza in quella fase di incertezza applicativa, legata alla *querelle* fra i due criteri per l'inquadramento giuridico delle compensazioni di obblighi di servizio pubblico. In virtù di tale concezione, dunque, solo i trasferimenti statali che apportano un vantaggio alla impresa destinataria ricadono nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

Sempre in relazione alle misure statali di cui la Commissione esclude la natura di aiuto di Stato, il Tribunale esamina le agevolazioni di pagamento dal canone per l'utilizzo della rete di radiodiffusione, gestita in Portogallo da una società pubblica, la *Portugal Telecom*. Nel valutare tali misure, i giudici comunitari respingono le censure del ricorrente ritenendo corretto il ragionamento condotto dalla Commissione in relazione all'impossibilità di imputare allo Stato portoghese i comportamenti controversi.

Emergono, nell'ambito di tale analisi, spunti interessanti per un inquadramento più efficace del complesso rapporto fra imprese pubbliche, aiuti di Stato e gestione di SIEG di rete. Il Tribunale di primo grado a tal proposito ha osservato che il controllo da parte di uno Stato membro del capitale di un'impresa non implica *a priori* né l'imputabilità dei comportamenti dell'impresa allo Stato né l'utilizzo da parte di tale impresa di risorse statali⁴³².

Un argomento analogo viene impiegato dal Tribunale nell'analisi dell'ulteriore misura contestata: il prestito obbligazionario contratto da *RTP*. I giudici comunitari escludono la possibilità che in tale operazione finanziaria fosse coinvolto il

⁴³¹ *Ibidem*, punto 82.

⁴³² *Ibidem*, punti 107-113. Nello specifico il Tribunale afferma che non poteva escludersi che le agevolazioni di pagamento concesse da *Portugal Telecom* a *RTP* fossero riconducibili a controversie tariffarie fra le due società, quindi a rapporti interamente nel solco dell'autonomia privata dei due enti.

Portogallo come garante del rimborso del prestito poiché non sussistono, secondo il Tribunale, elementi oggettivi che riferiscano la prestazione di garanzia a tale Stato membro⁴³³.

4.2.2. Le condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE ed il Protocollo di Amsterdam sui servizi pubblici di radiodiffusione.

L'aspetto che si profila di maggiore interesse per l'analisi che si sta conducendo riguarda l'argomentazione condotta dal Tribunale di primo grado in relazione ai criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, norma utilizzata dalla Commissione per giustificare la compatibilità degli aiuti istituiti dal Portogallo a favore di *RTP*.

In primo luogo, la società ricorrente sostiene la violazione delle condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, nel fatto che lo Stato portoghese non ha individuato *RTP* come operatore incaricato del servizio pubblico di radiotelevisione mediante una procedura di gara, come invece prescriverebbe la norma del Trattato in esame.

Il Tribunale, per rispondere a tale censura, richiama che la giurisprudenza su questa norma ha individuato tre condizioni di applicazione: la chiara definizione da parte dello Stato membro di un SIEG; l'incarico da parte dello Stato membro ad un'impresa dell'incarico della fornitura del SIEG; la valutazione che l'applicazione delle norme comunitarie all'attività di SIEG svolta dall'impresa impedisce l'adempimento della missione di interesse generale e che l'eventuale deroga di tali norme non compromette lo sviluppo degli scambi intracomunitari in misura contraria all'interesse della Comunità⁴³⁴.

I giudici comunitari evidenziano che i presupposti applicativi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE non includono la necessità dell'espletamento di una

⁴³³ Sentenza *SIC*, cit. punto 126.

⁴³⁴ Occorre notare come il limite del pregiudizio agli scambi intracomunitari venga dai giudici del Tribunale ricompreso nella valutazione degli eventuali pregiudizi cui può condurre l'applicazione delle norme comunitarie in vista del raggiungimento della missione di SIEG. Per una rassegna delle opinioni della dottrina comunitaria sul punto, si consideri *supra*, capitolo I, paragrafo 4.

procedura di gara per l'attribuzione del SIEG⁴³⁵. Il Tribunale così conferma le opinioni della dottrina circa l'assenza di questo requisito nell'applicazione della norma di deroga, conclusione emersa soprattutto in riferimento al dibattito sul confronto fra i criteri *Altmark* e le condizioni di applicazione della norma del Trattato⁴³⁶.

I ricorrenti sostengono la necessità dell'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, qualificando *RTP* come un concessionario di servizio pubblico alla luce di una comunicazione interpretativa della Commissione del 1999⁴³⁷. Il Tribunale rifiuta tale qualificazione, in quanto *RTP* è chiaramente un operatore pubblico televisivo la cui programmazione è a beneficio di tutta la popolazione portoghese, attività rientrante pienamente nell'oggetto del Protocollo di Amsterdam sui servizi pubblici di radiodiffusione⁴³⁸.

Ciò consente al Tribunale di soffermarsi sul Protocollo citato e sulla specificità della natura dei SIEG di radiotelevisione, anche riferendosi ad una risoluzione adottata sul tema dal Consiglio dei Ministri nel gennaio 1999. In effetti, i giudici ribadiscono il collegamento dei SIEG considerati con le esigenze democratiche e culturali delle società europee e con i valori di pluralismo, coesione sociale, diversità culturale e linguistica, che di tali esigenze sono manifestazione, al fine di riconoscere la necessità che i servizi di radiotelevisione forniscano una programmazione generalista, ossia riferibile alla società nel suo insieme. Il Tribunale precisa che i servizi di radiotelevisione vanno considerati SIEG e non servizi generali non economici per l'impatto che il servizio di radiodiffusione

⁴³⁵ Sentenza *SIC*, cit. punto 145.

⁴³⁶ Su tutti si consideri J. L. BUENDIA SIERRA, *An Analysis of Article 86(2) EC*, in M. SANCHEZ RYDELSKI (a cura di) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, 2006, Londra, pp. 558-561. L'A. esplicita che le compensazioni di obblighi di servizio pubblico sono legittime a norma dell'art. 86, par. 2, Trattato CE anche se l'operatore non è stato scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica, conclusione *a fortiori* ricavabile dalla formulazione alternativa della quarta condizione *Altmark*, per cui l'assenza di una tale procedura non impedisce, a certe condizioni, di statuire sull'assenza di un aiuto di Stato. Per una disamina più ampia di tali questioni si consideri *supra* capitolo II, paragrafi 5.2 e 5.4.

⁴³⁷ Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata in GUCE del 29 aprile 2000, serie C-121, p. 2.

⁴³⁸ I giudici rilevano che, anche nell'ipotesi in cui *RTP* presenti tutti i requisiti per qualificarsi come concessionario ai sensi dell'atto interpretativo citato, esso non può applicarsi al caso di specie poiché il settore radiotelevisivo pubblico - disciplinato dal Protocollo di Amsterdam - è escluso dal suo ambito di applicazione.

esercita sul settore commerciale e concorrenziale della trasmissione radiotelevisiva⁴³⁹.

I giudici di Lussemburgo, quindi, sembrano fornire degli spunti per individuare quella distinzione, allo stato attuale incerta, fra i SIEG e i servizi di interesse generale: «l'impatto» che la prestazione del servizio generale ha *de facto* su settori chiaramente commerciali ovvero gestiti in regime di concorrenza.

Il collegamento all'ambito di applicazione del Protocollo sui servizi radiotelevisivi è strumentale a porre in luce la libertà di cui godono gli Stati membri nella regolamentazione di tale settore: il diritto comunitario non può quindi imporre agli Stati di ricorrere in tale settore ad una procedura di gara per l'attribuzione del SIEG di radiotelevisione. Il Portogallo, pertanto, non era tenuto ad espletare tale procedura né quindi la Commissione era in grado di censurarne l'assenza per statuire sulla legittimità delle misure adottate nei confronti di *RTP* a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Come è noto la quarta condizione *Altmark* richiede, per ritenere che si sia in presenza di una compensazione di obblighi di servizio pubblico e non di un aiuto di Stato, che l'impresa incaricata di SIEG venga selezionata sulla base di una procedura ad evidenza pubblica. Orbene i ricorrenti deducono che la Commissione nel suo esame non ha preso in considerazione tale condizione.

La Commissione, dinanzi a tale argomento, fa notare la differente *ratio* fra i due parametri di legittimità considerati: le condizioni poste dalla giurisprudenza *Altmark* riguardano la questione se una misura statale possa definirsi un aiuto ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE; i presupposti di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE riguardano la questione di un'eventuale compatibilità dell'aiuto statale con il Mercato comune.

Il Tribunale non prende posizioni sul punto ritenendo la censura riguardante la quarta condizione *Altmark* irricevibile, poiché la ricorrente introduce quest'argomento soltanto in una memoria di replica ed il motivo non si basa su elementi di diritto o fatto comunque emersi durante il procedimento.

Di conseguenza, nel caso *SIC* il Tribunale non prende una posizione sul rapporto fra la quarta condizione *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

⁴³⁹ Il ragionamento è svolto nei punti da 151 a 154.

Sembra, tuttavia, che la posizione espressa dalla Commissione sia giuridicamente quella più fondata.

La pronuncia del Tribunale, successivamente, prende in esame le censure ulteriori avanzate dalla ricorrente in relazione alla violazione dei criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

La censura della ricorrente assume come parametro di riferimento la comunicazione della Commissione sui servizi di radiodiffusione⁴⁴⁰, atto di *soft-law* che l'Esecutivo comunitario utilizza nel valutare la compatibilità *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE degli aiuti istituiti dagli Stati membri in favore dei SIEG di radiodiffusione. Secondo tale comunicazione, dunque, perché un aiuto ad un'impresa attiva nel settore della radiotelevisione possa dirsi compatibile la Commissione riscontra una serie di elementi: vi deve essere da parte dello Stato membro la definizione della missione di servizio pubblico affidata all'impresa; il servizio deve essere stato effettivamente fornito; la fornitura del servizio deve essere sottoposta a un controllo indipendente; infine le compensazioni finanziarie devono rispettare i principi di trasparenza e proporzionalità.

La ricorrente sostiene che il Portogallo non ha fornito una definizione della missione di servizio pubblico attribuita a *RTP*, in quanto ha optato per una definizione ampia dell'attività svolta dall'emittente radiotelevisiva, in cui non può distinguersi fra le attività concorrenziali dell'emittente e l'attività ricondotta ad obblighi di servizio pubblico.

Nel valutare tale censura, il Tribunale trae spunto per mettere in evidenza il riparto di competenze esistente fra Stati membri e Comunità nell'assicurare le missioni di interesse generale che afferiscono ai SIEG: spetta agli Stati membri un ampio potere di definizione di ciò che rientra nel SIEG. Un siffatto potere definitorio può essere messo in discussione dalla Commissione soltanto laddove possa assumersi la presenza di un errore manifesto compiuto dagli Stati membri.

⁴⁴⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione*, pubblicata in GUCE del 15 novembre 2001, serie C 320, p. 5, il cui contenuto è stato richiamato in relazione alla pratica decisionale della Commissione successiva alla sentenza *Altmark* e nell'illustrazione del «Pacchetto Monti», in particolare si veda *supra* capitolo II, parr. 6.2 e 7.

La tesi del Tribunale è suffragata dal riferimento all'articolo 16 Trattato CE, al Protocollo sui servizi di radiodiffusione allegato al Trattato CE e alla giurisprudenza consolidata sul tema, ponendo nuovamente in risalto, come già aveva fatto in relazione al requisito della procedura d'appalto, il collegamento che intercorre fra i SIEG in esame e le esigenze democratiche e culturali della società, la cui importanza è fondamentale tanto nella vita interna di ciascuno Stato membro, quanto nell'attività e nelle politiche dell'Unione europea.

Invero, i giudici comunitari, nel ripercorrere l'esame dell'*acquis communautaire* sul tema, affermano senza dubbio che il servizio pubblico di radiotelevisione consta nella fornitura di programmi generalisti che si rivolgano alla società nel suo insieme. Di conseguenza, nell'esercizio di tale potere definitorio ogni Stato membro può adottare una definizione ampia del servizio cui incarica un'emittente radiotelevisiva. L'ampiezza del potere definitorio di ciascuno Stato membro non viene smentita, come accade nel caso di specie posto all'attenzione del Tribunale, dal fatto che l'emittente in questione esercita anche attività di natura commerciale. Se così non fosse, pone in luce il Tribunale, la definizione del SIEG di radiodiffusione dipenderebbe dalla scelta dei suoi canali di finanziamento.

Con un'indicazione di grande rilevanza dal punto di vista sistematico, i giudici comunitari esplicitano che il SIEG viene definito in relazione all'interesse generale che esso mira a raggiungere⁴⁴¹.

Di conseguenza la definizione adottata dal Portogallo del SIEG di radiotelevisione attribuito a *RTP* è legittima ai sensi del diritto comunitario; la decisione della Commissione che non ha messo in discussione tale aspetto non è pertanto censurabile.

Il Tribunale va a considerare, invece, l'aspetto della fornitura effettiva del SIEG e del controllo indipendente che di tale attività deve essere condotto. In sostanza, occorre esaminare se la Commissione, nel pronunciarsi sulla compatibilità degli aiuti, ha verificato se l'impresa beneficiaria ha rispettato il suo mandato di servizio pubblico.

⁴⁴¹ Sentenza *SIC*, punto 203.

I giudici comunitari pongono in luce che il controllo dello svolgimento del servizio da parte dell'impresa incaricata di SIEG in realtà consta di due distinte verifiche⁴⁴².

Preliminarmente, il controllo riguarda il rispetto da parte dell'emittente radiotelevisiva di criteri e standard di natura qualitativa che devono contraddistinguere l'attività di radiotelevisione. In secondo luogo, occorre svolgere un controllo teso alla verifica dell'erogazione effettiva delle prestazioni, analisi estesa alla corrispondenza fra le prestazioni svolte e i costi sostenuti dall'impresa.

Il Tribunale fa notare che il controllo degli standard di natura qualitativa è una valutazione di tipo soggettivo⁴⁴³, il cui svolgimento può essere adeguatamente compiuto soltanto dallo Stato membro che, nell'esercizio di una competenza definitoria ampiamente discrezionale, ha definito il mandato di servizio pubblico per l'emittente radiotelevisiva.

Le istituzioni comunitarie non sono in grado di valutare il rispetto degli standard qualitativi, posti dallo Stato membro, che l'impresa incaricata del SIEG di radiotelevisione deve rispettare. Così, il ruolo della Commissione è limitato alla verifica dell'esistenza di un meccanismo di controllo indipendente istituito dallo Stato membro, cui è demandato tale compito.

Un intervento più incisivo della Commissione può prospettarsi soltanto laddove vi siano elementi fondati per ritenere che il meccanismo di controllo indipendente non è stato attuato dallo Stato membro: in tal caso la Commissione potrà esaminare l'aspetto dell'attuazione effettiva del meccanismo di controllo, esame che tuttavia non potrà spingersi sino a sostituirsi allo Stato nella valutazione del rispetto degli standard di natura qualitativa.

Nella decisione impugnata la Commissione ha correttamente svolto il suo ruolo, riscontrando l'esistenza e l'attuazione di un meccanismo di controllo indipendente preposto alla verifica del rispetto da parte di *RTP* dei criteri qualitativi che il Portogallo ha individuato in relazione al servizio di radiotelevisione. Pertanto, sotto questo profilo, il Tribunale respinge la censura delle ricorrenti circa la violazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

⁴⁴² *Ibidem*, punto 209.

⁴⁴³ Cfr. sentenza *SIC*, punto 210.

Il ruolo della Commissione diviene più incisivo se si considera la seconda parte del controllo, quella che il Tribunale definisce come una valutazione di tipo oggettivo, in cui si tiene conto dell'effettività delle prestazioni svolte e della correttezza della loro rappresentazione economico-contabile. In sostanza, la Commissione deve verificare che le prestazioni definite di SIEG dallo Stato membro sono state attuate e che i costi adottati dall'impresa siano ad esse riconducibili.

La società ricorrente ritiene che la Commissione ha sostenuto la compatibilità di aiuti sulla base di informazioni economico-contabili prive di requisiti di affidabilità oggettiva, malgrado le proprie sollecitazioni rivolte all'acquisizione di maggiori informazioni presso lo Stato membro⁴⁴⁴.

Il Tribunale, nel considerare tale censura, innanzitutto, delinea il ruolo che le parti interessate diverse dallo Stato membro hanno nel procedimento di esame degli aiuti di Stato, precisando che la posizione delle parti interessate non è corrispondente a quella dello Stato membro quanto ai diritti di partecipazione e di informazione. In ogni caso, affermano i giudici comunitari, malgrado tale posizione limitata, la Commissione deve valutare la richiesta di acquisizione di informazioni in conformità all'obbligo di esame diligente ed imparziale che le incombe nello svolgimento del procedimento di controllo degli aiuti di Stato.

Il Tribunale pertanto verifica se nella decisione impugnata la Commissione abbia adempiuto tale obbligo nell'analisi economica delle prestazioni di servizio pubblico e dei costi sostenuti da *RTP*.

In effetti i giudici comunitari rilevano delle carenze in questo esame. Dalla decisione impugnata si ricavano molti aspetti che mettono in dubbio l'affidabilità dei dati economico-contabili di cui la Commissione disponeva, in quanto mancavano, come sosteneva la ricorrente, le valutazioni di revisori dei conti esterni all'impresa incaricata di SIEG⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Nello specifico la società ricorrente sostiene di aver richiesto più volte alla Commissione, nel procedimento di controllo da essa instaurato sulle misure poste in essere dal Portogallo, di acquisire le relazioni di revisione esterna previste nei contratti fra *RTP* e Portogallo.

⁴⁴⁵ Il Tribunale censura d'illogicità la motivazione della decisione laddove si afferma che, seppur in mancanza di controllo esterno, è assicurata la possibilità di controllare la corrispondenza fra costi e prestazioni grazie alla presenza di un sistema contabile analitico e rigoroso. Il Tribunale pone il lume l'evidente contraddizione in cui la Commissione è incorsa: la verifica della corrispondenza fra prestazioni di SIEG e relativi costi è assicurata dalla mera possibilità di controllo, anziché da un controllo effettivo. Cfr. sentenza *SIC* cit., punti 239-241.

La Commissione, quindi, non disponeva delle informazioni necessarie, provviste di adeguata affidabilità, che le consentissero di adempiere l'obbligo di esame diligente ed imparziale che viene posto dal Trattato nel procedimento di controllo degli aiuti. Di conseguenza, non poteva procedere al test di proporzionalità richiesto dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE e dichiarare le misure finanziarie poste in essere dal Portogallo aiuti compatibili col Mercato comune.

La censura relativa alla violazione dell'articolo 86, paragrafo 2, viene dunque accolta dai giudici di Lussemburgo.

4.3. Valutazioni complessive.

La lettura del Tribunale, come visto, ribadisce gli ampi spazi di discrezionalità di cui godono gli Stati membri in tema di SIEG a livello di definizione e di organizzazione della loro attività.

I margini di manovra statali sono tanto più ampi in un settore come quello del servizio di radiotelevisione in cui emergono profili particolarmente sensibili per la discrezionalità statale, quale il mantenimento e la promozione di condizioni di democrazia e pluralismo culturale. Di conseguenza il ruolo per la Comunità è più limitato in questo settore, ma di certo, come emerge dalla disanima del Tribunale, non può essere meno rigoroso. In particolare, la Commissione, nel rispetto della discrezionalità statale, non può trascurare i rischi di compensazioni eccessive che sono sempre possibili nell'attività di finanziamento dei SIEG.

Tutte queste esigenze, implicite nella disanima compiuta dai giudici del Tribunale vengono soddisfatte dalla corretta applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, la cui centralità *in subiecta materia*, a differenza della pronuncia *BUPA*, è stavolta confermata dal Tribunale di primo grado. Considerando la sentenza *SIC*, invero, i timori legati all'assenza di effetto utile all'indomani della sentenza *Altmark* possono essere in parte smentiti.

È evidente che la norma considerata appare come lo strumento più adeguato in grado di assicurare, da un verso, che gli Stati continuino a godere di un ampio

margine di manovra in tema di SIEG⁴⁴⁶, e dall'altro, che l'attività degli Stati membri si svolga nel rispetto del quadro che essi stessi hanno definito nei loro rapporti con la Comunità.

5. L'ultima pronuncia della Corte di Giustizia nell'affaire Chronopost.

La *Grande Chambre* della Corte di Giustizia si è pronunciata lo scorso 1° luglio ancora una volta sulla vicenda *Chronopost*⁴⁴⁷, fornendo una risposta definitiva alle problematiche legate a questa ormai decennale controversia fra l'impresa francese che gestisce i servizi postali e i suoi diretti concorrenti nel settore dei corrieri espresso.

La particolarità dell'*affaire Chronopost* è legata alla trasversalità dei temi che vengono coinvolti: si tratta di problematiche chiave nel settore della concorrenza e dei servizi pubblici, quali il rapporto fra Stato e impresa pubblica, la liberalizzazione delle imprese che gestiscono SIEG, la relazione fra utilizzatore e gestore della rete nelle *network industries*.

Come si è fatto cenno, la vicenda nasce dalla contestazione dell'assistenza logistica e commerciale che la società *La Poste* accorda ad una sua controllata, *Chronopost*, attiva nel settore dei corrieri espresso. Tale attività di supporto è considerata dai concorrenti un aiuto di Stato illegittimo ai sensi del Trattato CE⁴⁴⁸. Orbene, l'ultima pronuncia della Corte di giustizia conferma essenzialmente quanto già da essa affermato nel 2003⁴⁴⁹ nel configurare le condizioni normali di mercato, ossia il parametro che viene utilizzato per valutare se le misure poste in essere da uno Stato membro in relazione ad un'impresa possano dar luogo o meno ad un aiuto vietato ai sensi del Trattato.

⁴⁴⁶ L'aspetto dell'ampia discrezionalità è segnalato anche nel commento di L. IDOT, *Financement des chaînes publiques de télévision*, in *Europe*, 2008, pp. 24-25.

⁴⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia 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*.

⁴⁴⁸ Si consideri per più ampi dettagli *supra* capitolo II, paragrafo 5.3.

⁴⁴⁹ 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* 2003 p. I-6993.

Nella sua precedente pronuncia, la Corte di giustizia ha stabilito che il parametro delle condizioni normali di mercato, nel caso in cui sia coinvolta un'impresa che eroga il servizio mediante una infrastruttura a rete che essa stessa gestisce, poiché non ha eguali sul mercato, va riferito agli unici elementi di fatto esistenti, cioè i costi sostenuti per il mantenimento della rete ed un certo margine di remunerazione del capitale investito.

Per l'oggetto della presente indagine, la pronuncia della Corte di giustizia nel 2003 è stata presa in considerazione per la sua inconciliabilità con la quarta condizione *Altmark*, dalla quale sembra discendere la necessità, in ogni caso in cui un'impresa eroga SIEG, di procedere ad un confronto con un operatore ipotetico che opera sul mercato in condizioni di efficienza.

Occorre esaminare se la nuova pronuncia dei giudici di Lussemburgo sulla questione apporti dei profili di novità al dibattito.

Nello specifico, la sentenza della Corte di giustizia del 2008 attiene all'appello sul giudizio di rinvio svolto dal Tribunale di primo grado nel 2006⁴⁵⁰ che, applicando il test posto dalla Corte di giustizia annulla la sentenza della Commissione, accoglie le doglianze di *UFEX*, concorrente di *Chronopost*. In particolare il Tribunale di primo grado censura che la Commissione abbia negato la natura di aiuto di Stato all'assistenza logistica e commerciale fornita da *La Poste* a *Chronopost*.

Queste ultime ricorrono in appello alla Corte di giustizia, sostenendo l'errata applicazione delle norme del Trattato.

5.1. Il diritto all'equo processo e la formazione del collegio giudicante nel giudizio di rinvio.

Il primo motivo di ricorso non riguarda specificamente l'oggetto dell'indagine qui svolta, ma attiene ad un tema di più ampio respiro, quale il diritto fondamentale

⁴⁵⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado del 7 giugno 2006, *UFEX e a. contro Commissione*, causa T-613/97, in *Raccolta*, p. II-1531.

all'accesso ad un organo giurisdizionale indipendente ed imparziale nel sistema d'integrazione comunitaria.

L'esposizione di tale motivo di ricorso consente di porre in luce le interrelazioni esistenti fra la Corte di Giustizia e la Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Nel primo motivo di ricorso, infatti, le ricorrenti fanno valere la violazione dell'articolo 6, Trattato UE, ritenendo la pronuncia del Tribunale emessa in violazione del diritto ad un equo processo, sancito dall'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione di Roma del 1950. Essi, infatti, sostengono che la sentenza del Tribunale di primo grado difetti del requisito dell'imparzialità poiché del collegio giudicante nel giudizio di rinvio faceva parte lo stesso giudice che aveva svolto le funzioni di relatore nella sentenza cassata.

La Corte di giustizia esamina questo motivo di ricorso alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo. Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte di giustizia desume che il diritto fondamentale ad un equo processo comporta che il caso venga trattato da un giudice imparziale, tanto sotto il profilo soggettivo⁴⁵¹ quanto sotto il profilo oggettivo⁴⁵².

Nel caso di specie i ricorrenti contestavano la parzialità del Tribunale dal punto di vista oggettivo, per la presenza di uno stesso giudice nei due collegi giudicanti che, a seguito dell'annullamento e del rinvio del giudizio di primo grado, hanno pronunciato sulla medesima controversia.

La Corte di giustizia ritiene che il dovere di imparzialità non venga escluso dalla presenza dello stesso giudice nei due collegi considerati, stante la formazione collegiale del giudizio. Infatti, sempre con riguardo alla giurisprudenza consolidata della Corte europea di Strasburgo nonché dalla stessa formulazione testuale di una norma della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo del 1950⁴⁵³, il diritto

⁴⁵¹ L'imparzialità sotto il profilo soggettivo concerne l'assenza di opinioni preconcepite da parte dei giudici chiamati a pronunciarsi sulla controversia. Tale condizione è presunta sino a prova contraria. Cfr. sentenza *Chronopost SA-La Poste*, cit. punto 54.

⁴⁵² Le regole che sovrintendono alla formazione del collegio, ed in generale le regole di giudizio, devono costituire una garanzia sufficiente ad escludere qualsiasi dubbio sulla libertà di convincimento del giudice. Cfr. sentenza *Chronopost SA-La Poste*, cit. punto 54.

⁴⁵³ La Corte di giustizia si riferisce all'articolo 27, par. 3, della Convenzione europea del 1950, che prevede, nel caso di deferimento di una controversia da una Sezione alla *Grande Chambre* della Corte a norma dell'articolo 43 della stessa convenzione, la presenza del Presidente della Sezione e del giudice che sedeva in nome dello Stato Parte. I giudici di Lussemburgo, quindi, pongono in luce che la presenza di giudici già chiamati a conoscere una prima volta di una controversia in un altro

fondamentale ad un equo processo nel giudizio di rinvio con implica l'obbligo di assegnare il giudizio ad una formazione giudicante totalmente distinta da quella che ha emesso la sentenza annullata⁴⁵⁴. La Corte così respinge il motivo proposto dalle ricorrenti.

5.2. La Corte di giustizia e il criterio dell'investitore privato in economia di mercato: la conferma di *Chronopost I* scioglie il nodo della quarta condizione *Altmark*?

Successivamente, la Corte di giustizia concentra la sua attenzione sull'aspetto centrale della controversia: la configurazione giuridica dell'assistenza logistica e commerciale prestata da *La Poste* a *Chronopost*, valutando, quindi, se costituisca una violazione o meno dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. In sostanza la Corte di giustizia esamina se l'intervento contestato possa ritenersi o meno conforme alle condizioni normali di mercato.

Preliminarmente la Corte puntualizza che tale apprezzamento deve prendere in considerazione il fatto che i rapporti fra le due imprese si svolgono nell'ambito di uno stesso gruppo societario. La Commissione, sostiene inoltre la Corte⁴⁵⁵, si trova chiamata ad una valutazione di fatti economici complessi, per cui lo scrutinio sulla sua decisione non può che essere limitato alla ricerca di un errore manifesto.

La Corte applica queste considerazioni al caso di specie.

In relazione all'asserito vantaggio legato al trasferimento di clientela da *La Poste* a *Chronopost*, la Corte rileva che il Tribunale ha errato nel ritenere che *La Poste* non ha ottenuto una contropartita: questa affermazione misconosce il fatto che *La Poste* possiede il controllo azionario di maggioranza di *Chronopost*⁴⁵⁶. Per di più, il trasferimento della clientela non implica necessariamente una distorsione delle

collegio che deve pronunciarsi nuovamente su di essa non è incompatibile con il diritto ad un equo processo, quale protetto e garantito nel sistema CEDU. Cfr., sentenza *Chronopost SA-La Poste* cit., punto 59.

⁴⁵⁴ Sentenza *Chronopost SA-La Poste* cit., punti 57,58.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, punto 108.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, punti 127-128.

condizioni di concorrenza, poiché *La Poste* già svolgeva in precedenza le attività di cui ha trasferito la clientela alla controllata *Chronopost*⁴⁵⁷.

La Corte di giustizia, quindi, sulla base degli elementi oggettivi e verificabili presi in considerazione nella decisione impugnata della Commissione che è all'origine della controversia⁴⁵⁸ e degli argomenti emersi in corso di giudizio, stabilisce che l'assistenza logistica e commerciale prestata da *La Poste* a *Chronopost* non costituisce un aiuto di Stato⁴⁵⁹.

Essenzialmente la Corte di giustizia conferma la validità del criterio che già aveva enunciato nel 2003: il principio dell'investitore privato in economia di mercato non può applicarsi tal quale nei settori di mercato riservati. Infatti, in questi settori esso consiste nel riferimento alle uniche condizioni obiettive e verificabili del mercato preso in considerazione: i costi dell'unica impresa che opera sul mercato e la remunerazione del capitale da essa investito.

Secondo alcuni commentatori⁴⁶⁰, la soluzione emersa nelle due sentenze della Corte di giustizia nell'affaire *Chronopost* costituirebbe in realtà un'esclusione dell'applicazione del principio dell'investitore privato in economia di mercato in particolari settori della vita economica, quale può essere il mercato delle *network industries*. Infatti, la Corte di giustizia sfuma il connotato fondamentale di questo criterio di analisi, ossia la possibilità di utilizzare dei parametri oggettivi ed esterni di riferimento, il cd. *benchmarking*, per valutare se il comportamento dello Stato membro si ponga in contrasto con le regole di concorrenza.

La logica del *benchmarking* viene invece imposta nell'erogazione di SIEG dalla quarta condizione *Altmark*. In realtà, dalla formulazione di tale criterio, pare possibile sostenere che i costi ed i profitti di un'impresa incaricata dell'erogazione

⁴⁵⁷ *Ibidem*, punti 131-133. Critico nei confronti di questa presa di posizione è L. IDOT, *Nouvel et dernier épisode de l'affaire UFEX*, in *Europe*, 2008, p. 26, il quale fa notare che l'affermazione costante presume l'esistenza di una distorsione della concorrenza se vi è la dimostrazione della presenza di un vantaggio per l'impresa destinataria della misura contestata. Un ulteriore aspetto di perplessità si rinviene nel fatto che la Corte non si pronuncia proprio su tale elemento costitutivo della nozione di aiuto vietato.

⁴⁵⁸ A differenza del 2003, la Corte di giustizia ritiene che possa pronunciarsi sulla questione, ribadendo che il sindacato giurisdizionale delle motivazioni poste dalla Commissione a fondamento della decisione è necessariamente limitato, trattandosi di valutazioni economiche complesse. Cfr. sentenza *Chronopost SA-La Poste* cit., punti 141-145.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, punto 164.

⁴⁶⁰ È l'opinione espressa da I. ATANASIU, *Chronopost II: the Application of the Market Economy Investor Principle in Reserved Sectors*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, pp. 573-574.

di SIEG sono in ogni caso raffrontabili con quelli di un'impresa media, ipotetica, che opera sul mercato in condizioni di efficienza.

Nella nuova pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Chronopost* non figurano riferimenti al rapporto fra i due criteri, anche tenendo conto del fatto che l'aspetto dell'erogazione di SIEG non viene esaminato nel caso di specie.

La dottrina⁴⁶¹, all'indomani dell'ultima pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Chronopost*, suggerisce la comune ascendenza delle due giurisprudenze alla logica della compensazione. Infatti, il presupposto teorico del ragionamento svolto in *Altmark* è che i trasferimenti finanziari dallo Stato membro ad un'impresa incaricata di SIEG costituiscono una contropartita dovuta all'imposizione di obblighi di servizio pubblico ad un'impresa e quindi, non attribuendo vantaggi all'impresa, sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. L'assenza di vantaggi per l'impresa incaricata di SIEG, e dunque la natura di compensazioni di obblighi di servizio pubblico, tuttavia, è subordinata al rispetto cumulativo di quattro condizioni.

In effetti, può scorgersi la stessa logica finalizzata ad escludere la presenza di un vantaggio nel caso *Chronopost*: la Corte di giustizia valuta se *La Poste* abbia ricevuto una contropartita adeguata in relazione all'assistenza logistica e commerciale fornita alla sua controllata *Chronopost* e se, quindi, possa escludersi che quest'ultima abbia ricevuto un vantaggio dalla sua capogruppo. È solo tale aspetto che permette ormai di istituire un filo conduttore fra le due giurisprudenze⁴⁶².

Questa riconciliazione, tuttavia, come già è stato rilevato⁴⁶³, non supera il dato di fatto che le due giurisprudenze hanno origine da punti di vista differenti: nella giurisprudenza *Altmark* il ragionamento giuridico si fonda sulla necessità di evitare

⁴⁶¹ In tal senso I. ATANASIU, op. cit., p. 573.

⁴⁶² Tale tesi può accostarsi a quella proposta da A. RENZULLI, *Services of General Economic Interest: the Post-Altmark Scenario*, in *European Public Law*, 2008, p. 414, in relazione alla sentenza *Altmark* e *Chronopost*. L'A. ritiene assente un dissidio fra le due giurisprudenze della Corte di giustizia, poiché entrambe focalizzano l'analisi su una valutazione del caso in termini economici escludendo la presenza di un aiuto di Stato laddove il prezzo pagato dalle autorità statali per il servizio considerato non superi quello di mercato.

⁴⁶³ Si considerino I. ATANASIU, op. cit., p. 573 per la sentenza *Chronopost II* e l'analisi della sentenza *Chronopost I* del 2003 di A. FRATINI, F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuti di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2003, pp. 1218-1219.

un trasferimento finanziario che oltrepassi i costi di riferimento, ossia la cd. sovracompensazione; in *Chronopost* si valuta, per escludere un aiuto vietato, se vi sia una remunerazione adeguata per i servizi erogati da *La Poste*, i cui costi sostenuti rappresentano l'unico riferimento in tale indagine.

Si può inoltre mettere in discussione nel giudizio della Corte l'assenza di qualsiasi riferimento alla possibilità che un parametro di riferimento nell'apprezzamento del criterio dell'investitore privato in economia di mercato possa trarsi dal paragone con le analoghe situazioni in altri Stati membri, indagine che, malgrado presenti profili di difficoltà tecniche⁴⁶⁴, sembra essere suggerita nel Pacchetto Monti⁴⁶⁵.

Il bilancio complessivo ricavabile dall'*affaire Chronopost* indica che l'applicazione del principio dell'investitore privato in economia di mercato in settori in cui non vi sono operatori economici paragonabili a quello destinatario dell'intervento finanziario statale, consiste nel riferimento alle uniche condizioni obiettive e verificabili che sono disponibili. L'analisi della Commissione in questi casi è censurabile soltanto se si ravvisano errori manifesti, in quanto essa costituisce l'apprezzamento, come la Corte di giustizia, ribadisce in più luoghi della sentenza, di fatti economici complessi⁴⁶⁶. La possibilità di conciliare tale indicazione con quella rilevabile dalla quarta condizione *Altmark* rimane tuttora una questione aperta, a meno che non si aderisca alla soluzione alternativa proposta nel diritto derivato in tema di compensazioni di obblighi di servizio

⁴⁶⁴ È l'opinione di I. ATANASIU, op. cit., p. 573.

⁴⁶⁵ Si consideri, infatti, che la *Decisione 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*, cit., prevede all'articolo 5, par. 4, che il tasso medio nel calcolo del beneficio ragionevole da includere nella compensazione, laddove non esista un'impresa comparabile a quella analizzata, può essere calcolato sulla base di un raffronto con le imprese attive nello stesso settore considerato presenti negli altri Stati membri. Sembra, quindi, che la Commissione, già nel 2005, abbia fornito una soluzione all'*empasse*. Ciò nonostante quest'aspetto non sembra essere stato valorizzato dal Tribunale di primo grado nei casi recenti, visti in precedenza, in cui è stata chiamato ad applicare le condizioni *Altmark*, o dalla Corte di giustizia nel caso presente ovvero dalla dottrina. La stessa I. ATANASIU, cit. in nota precedente, trascura quest'aspetto, seppure ponga in relazione la soluzione emersa nelle due sentenze della Corte sull'*affaire Chronopost* con la teoria della compensazione, cui anche il Pacchetto Monti si ispira.

⁴⁶⁶ Critica tale conclusione I. ATANASIU, op. cit., p. 574, ritenendo la tesi cui ha aderito la Corte di giustizia infirmata da una debolezza di fondo attinente alle difficoltà di valutazione economica di beni intangibili, come la rete postale. Secondo l'A. un ulteriore motivo di perplessità si ravvisa negli interessi economici che devono aver animato entrambi i ricorrenti nel proseguire così a lungo la controversia.

pubblico. Gran parte delle soluzioni prospettate in dottrina presentano ancora elementi di validità⁴⁶⁷.

In ogni caso, l'ultima pronuncia della Corte di giustizia rappresenta un riconoscimento degli indubbi limiti e delle problematiche che l'applicazione del criterio del *benchmarking* riveste nel settore dei SIEG. La complessità della questione, tuttavia, non implica né un rifiuto *tout court* di tale requisito posto dalla quarta condizione *Altmark* né tanto meno del criterio ricavabile dalla complessiva vicenda *Chronopost*⁴⁶⁸.

6. L'attività decisionale della Commissione nel periodo 2005-2008.

Un'indagine sull'applicazione attuale dell'*acquis communautaire* non può prescindere da una essenziale ricostruzione dell'attività decisionale della Commissione successiva all'emanazione del «Pacchetto Monti»⁴⁶⁹.

L'attenzione è rivolta alle argomentazioni giuridiche utilizzate dall'istituzione nell'attività di esame delle compensazioni di servizio pubblico istituite negli Stati membri.

⁴⁶⁷ A. BARTOSCH, *Clarification or Confusion How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 382 ss. e M. DONY, op. cit., p. 137-138, ritengono che la regola generale sia la quarta condizione *Altmark*, non applicabile soltanto in quelle situazioni fattuali assimilabili al caso *Chronopost* (presenza di un unico operatore che gestisce una rete infrastrutturale non duplicabile). D. GALLO, *Accesso ai servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato*, in P. DE CATERINI (a cura di), op. cit., p. 125, propone un'analisi articolata su un doppio standard: dapprima si valuta la presenza di un contesto di mercato ai fini dell'individuazione dei costi di un'impresa media come postula la quarta condizione *Altmark*; se ciò non è possibile, e quindi la misura è un aiuto, la sua compatibilità è valutata ai sensi dell'art. 86, par. 2, Trattato CE, applicabile laddove la compensazione non supera i costi sostenuti. M. MEROLA, *Il « pacchetto » normativo sul finanziamento dei servizi d'interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), op. cit., p. 133, giudica che la soluzione *Chronopost* vada applicata nei settori economici in cui gli Stati membri accordano diritti speciali o esclusivi.

⁴⁶⁸ *Contra* F. LOUIS, A. VALLERY, op. cit. p. 69 ss, i quali propongono che la soluzione *Chronopost* debba rifiutarsi per i rischi di sovracompenzazioni o di sovvenzioni incrociate che possono da essa derivare, o, al limite, applicarla soltanto in casi marginali in cui il rischio di tali distorsioni è del tutto irrilevante.

⁴⁶⁹ Si fa riferimento alle decisioni pubblicate sullo *State Aid Register* della Commissione, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/by_primary_obj_services_of_general_economic_interest.html. Si prenderanno in considerazione le sole decisioni definitive tra quelle in cui è stata resa disponibile la versione facente fede in lingua italiana o francese o inglese, per gli evidenti limiti dello scrivente nelle altre lingue ufficiali dell'Unione.

Gli obiettivi dell'indagine riguardano l'effettivo atteggiarsi del riparto di competenze fra Stati membri e Comunità in tema di definizione delle missioni di SIEG e del loro finanziamento, nonché il condizionamento esercitato dall'elaborazione della giurisprudenza comunitaria in questo specifico ambito del Mercato comune, nella prospettiva di acclarare il ruolo attuale svolto dalle attività di SIEG nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, secondo quanto prevede l'articolo 16 del Trattato CE.

6.1. Le decisioni più recenti nel settore radiotelevisivo.

6.1.1. Il finanziamento di *France Télévisions*.

Con una decisione del luglio 2008 la Commissione esamina l'aumento di capitale di cui è beneficiaria l'emittente radiotelevisiva *France Télévisions*⁴⁷⁰. Il progetto a norma dell'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE è notificato alla Commissione dallo Stato francese prima della sua esecuzione.

Il finanziamento statale segue la decisione delle Autorità francesi di prevedere l'eliminazione progressiva delle inserzioni pubblicitarie nell'attività di trasmissione svolta da *France Télévisions*, provvedimento che ha ridotto la dotazione in capitale della società.

La Commissione valuta il progetto di aiuto secondo i criteri applicativi consueti dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. In particolare, l'Esecutivo comunitario verifica il rispetto delle condizioni *Altmark*. L'esame, tuttavia, si sofferma soltanto sulla seconda e sulla quarta condizione.

A giudizio della Commissione, manca nella misura contestata la preliminare definizione dei parametri di calcolo di una compensazione, in quanto la clausola di aggiustamento prevista nel contratto fra la Repubblica francese e *France Télévisions* in cui si prevede una concertazione fra le due controparti in relazione al finanziamento statale, non è affatto assimilabile alla seconda condizione

⁴⁷⁰ Decisione della Commissione del 16 luglio 2008, relativa all'aiuto N 279/2008, Francia (*Dotation en capital pour France Télévisions*), C(2008) 3506 final. In data 18 dicembre 2008 è stato presentato ricorso al Tribunale di primo grado, pendente col numero T-568/08.

Altmark. Essa consiste in realtà in una rifusione da parte dello Stato delle eventuali perdite incorse nell'esercizio, mettendo al riparo l'impresa in questione dall'alea che incombe invece sulle imprese concorrenti⁴⁷¹.

Né può ravvisarsi, secondo la Commissione il rispetto della quarta condizione *Altmark*. Non si può affermare che *France Télévisions* abbia una struttura di costi paragonabile a quella di un operatore medio, né può considerarsi prova del rispetto di tale condizione l'attivo netto risultante dalla contabilità degli ultimi anni⁴⁷².

Inoltre, la misura statale contestata non può dirsi ispirata dalla logica dell'investitore privato in economia di mercato. Non risponde al comportamento di un operatore indirizzato ad ottimizzare i rendimenti l'eliminazione progressiva delle inserzioni pubblicitarie, né tanto meno il procedere ad un aumento di capitale senza avere cognizione delle prospettive future della situazione finanziaria della società⁴⁷³.

La Commissione riscontra, pertanto, che la misura sottoposta al suo esame costituisce un aiuto ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

A questo punto dell'analisi, l'Esecutivo comunitario prende in esame l'aspetto dell'erogazione di SIEG e si pronuncia sulla possibilità di applicare la norma di deroga ad essi dedicata, ossia l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Poiché l'aiuto attiene al settore della radiotelevisione pubblica, la Commissione valuta la sua eventuale compatibilità ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, seguendo le condizioni di applicazione che la stessa istituzione ha specificato nella sua Comunicazione del 2001⁴⁷⁴.

Il primo aspetto da esaminare nella valutazione della sua compatibilità è la definizione del mandato di servizio pubblico inserita in un atto ufficiale.

La Commissione constata che lo Stato francese ha puntualmente determinato in via legislativa l'incarico di SIEG attribuito a *France Télévisions*. Nello specifico, l'attività di SIEG consiste nella trasmissione di programmi televisivi differenziati e pluralistici, rispettosi dei diritti della persona e dei principi del dibattito

⁴⁷¹ Decisione cit. punti 20-21.

⁴⁷² *Ibidem*, punti 23-24.

⁴⁷³ *Ibidem*, punti 27-28.

⁴⁷⁴ Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione*, cit. Si veda *supra*, capitolo II, par. 2.2.

democratico, con la finalità di promuovere gli scambi culturali, incentivare la lotta ad ogni forma di discriminazione e valorizzare il patrimonio linguistico francese⁴⁷⁵.

La Commissione ritiene che lo specifico mandato attribuito all'emittente radiotelevisiva sia conforme al diritto comunitario, notando come gli obblighi ad esso inerenti distinguono *France Télévisions* da gli altri operatori che operano secondo una logica puramente di mercato.

Ciò detto, l'Esecutivo comunitario verifica se l'aumento di capitale corrisponda ai criteri di proporzionalità che discendono dall'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

La necessità e la proporzionalità dell'intervento statale sono prese in considerazione congiuntamente. A tal proposito, viene rilevato che la misura di aumento del capitale è dettata dalla volontà del governo di eliminare progressivamente le inserzioni pubblicitarie dalle trasmissioni televisive di servizio pubblico. La Commissione, pertanto, riconosce che la dotazione in capitale è strettamente legata all'aumento dei costi per lo svolgimento del servizio pubblico, a causa della riduzione dell'entrate pubblicitarie⁴⁷⁶.

La misura in esame è quindi un aiuto compatibile col Mercato comune. Lo Stato francese può mettere in esecuzione il progetto, monitorando che *France Télévisions* utilizzi le risorse accordate per far fronte agli obblighi di servizio pubblico che ha assunto⁴⁷⁷.

Si può quindi porre in rilievo il percorso logico-giuridico seguito dalla Commissione.

Dapprima essa si concentra sull'applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Le condizioni *Altmark* vengono applicate come criteri interpretativi di tale norma. Sotto questo profilo, è importante osservare che la Commissione concentra il suo esame soltanto sulla seconda e sulla quarta condizione. Non si esprime sulla prima e sulla terza. Tuttavia, nel successivo esame della compatibilità dell'aiuto la

⁴⁷⁵ Decisione cit., punto 36. In aggiunta, la Commissione nota che tali obblighi sono specificati nel contratto di servizio intercorso fra lo Stato francese e *France Télévision*.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, punti 45-49.

⁴⁷⁷ La Commissione richiede che lo Stato francese fornisca relazioni in merito successivamente alla chiusura della contabilità del periodo cui l'aiuto si riferisce.

Commissione si sofferma sull'aspetto della definizione dell'incarico di SIEG e sulla relazione diretta fra i costi del servizio e l'entità della compensazione.

Sembra che la Commissione presuma la coincidenza fra la prima e la terza condizione *Altmark* e i criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, senza tuttavia approfondire tali considerazioni sistematiche.

Dall'esame della decisione, imprescindibili ai fini della legittimità ai sensi del diritto comunitario risultano la definizione dell'incarico di SIEG e la proporzionalità dell'intervento ai costi del servizio pubblico.

Infine, per quanto attiene alla definizione del SIEG considerato e delle sue modalità organizzative si osserva che l'esame della Commissione risulta completamente rispettoso delle scelte discrezionali dello Stato membro circa la definizione e l'organizzazione delle attività di SIEG.

Può essere riprova di tale atteggiamento il fatto che la decisione di ridurre le inserzioni pubblicitarie, scelta che riducendo le entrate dell'impresa potrebbe contestarsi - quanto meno sotto il profilo dell'efficienza e della maggiore disponibilità di risorse da dedicare al servizio pubblico - non viene in alcun modo sindacata.

6.1.2. Il finanziamento statale dell'emittente radiotelevisiva VRT.

Altro caso in cui di recente l'Esecutivo comunitario si è pronunciato su di un sistema di finanziamento del SIEG di radiotelevisione riguarda l'emittente radiotelevisiva pubblica della Comunità fiamminga del Belgio, *Vlaamsee Radio-en Televisieomroep (VRT)*⁴⁷⁸.

La Commissione si pronuncia su di un regime di aiuti esistenti, in quanto il regime di finanziamento dell'attuale VRT è stato eseguito prima dell'entrata in vigore del Trattato CE⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Raccomandazione della Commissione del 27 febbraio 2008, C(2008) 725 final, relativa all'aiuto di Stato E 8/2006- Belgio (*Finanziamento dell'emittente radiotelevisiva pubblica VRT*), avviso pubblicato in *GUCE* del 10 giugno 2008, serie C-143, p. 3.

⁴⁷⁹ Rifiutando la tesi dei denunciatori che ritenevano il regime di aiuti qualificabile come un nuovo aiuto.

L'atto in esame è dunque una raccomandazione⁴⁸⁰ in cui la Commissione indica le misure opportune affinché il regime d'aiuti di Stato posto a beneficio di *VRT* possa dirsi compatibile col Trattato CE.

La proposta di misure opportune è preceduta da un'articolata valutazione delle misure poste in essere dal Belgio, dapprima alla luce dell'articolo 87, paragrafo 1, e, in secondo luogo, si considera una sua eventuale compatibilità a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Come visto anche nel caso precedente, la particolarità del settore radiotelevisivo nell'ambito dei SIEG è riconosciuta dagli Stati membri attraverso un apposito protocollo annesso al Trattato CE ed, in relazione all'aspetto del finanziamento, la Commissione conduce il suo esame in base alla Comunicazione sul tema adottata nel 2001.

Le misure previste dal Belgio al vaglio della Commissione riguardano il finanziamento annuale concesso all'emittente radiotelevisiva, la prestazione di garanzie governative sui prestiti sottoscritti da *VRT* per reperire capitali sul mercato privato, l'esonero dal pagamento di un canone per l'utilizzo delle radiofrequenze.

La Commissione analizza le misure contestate alla luce delle condizioni *Altmark*⁴⁸¹, in quanto il Belgio le ritiene soddisfatte nel caso in esame. L'assunto dello Stato membro viene sconfessato dalla Commissione che si pronuncia negativamente sulla conformità del regime finanziario a ciascuna di esse⁴⁸².

Inoltre, sono numerosi gli elementi desunti dalla Commissione per affermare la presenza di una distorsione della concorrenza e degli scambi intracomunitari⁴⁸³. In particolare, ci si riferisce al carattere transnazionale dei programmi televisivi e al settore dei nuovi media in cui la *VRT* opera assieme ad operatori privati.

Dopo essersi pronunciata sulla natura di aiuto di Stato esistente, la Commissione, quindi, ne valuta la compatibilità ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

⁴⁸⁰ In conformità a quanto prescrivono gli articoli 17 e 18 del Regolamento di procedura, Regolamento CE del Consiglio n. 659/1999.

⁴⁸¹ Raccomandazione cit., punti 96-102.

⁴⁸² In particolare, rileva la Commissione, manca una definizione chiara e precisa del SIEG, in quanto non si può stabilire se le attività relative ai nuovi media siano o meno SIEG.

⁴⁸³ Raccomandazione cit., punti 107 e 115.

Tale analisi giuridica è condotta dall'Esecutivo comunitario sulla base della Comunicazione del 2001 che, pertanto, costituisce *in subiecta materia* la specificazione delle condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. In effetti, la Commissione richiama in più luoghi della sua pronuncia tale atto prima di procedere all'esame del caso di specie.

Come è noto, la Comunicazione del 2001 indica che al fine di stabilire la compatibilità di un regime di aiuti statali *ex* articolo 86, paragrafo 2, occorre una definizione chiara e completa del SIEG di radiotelevisione, un altrettanto definito mandato all'emittente, la presenza di una funzione di controllo dello svolgimento del SIEG secondo le condizioni poste dall'autorità, una relazione di proporzionalità fra l'ammontare delle compensazioni e i costi netti registrati dall'impresa incaricata del SIEG.

La Commissione, perciò, va a riscontrare la presenza di ciascuno di tali elementi nel quadro giuridico che regola i finanziamenti della Comunità fiamminga belga all'emittente *VRT*.

Grande dettaglio viene dedicata alle norme legislative che definiscono il SIEG di radiodiffusione. La Commissione riconosce che il Belgio ha posto in essere una definizione chiara del SIEG di radiotelevisione, conforme al soddisfacimento di quelle condizioni di pluralismo culturale e politico e delle esigenze democratiche consacrate nel Protocollo di Amsterdam. Ciò non integra, tuttavia, a giudizio della Commissione, il requisito di una definizione chiara e precisa dal momento che vengono incluse in tale servizio anche le attività afferenti ai nuovi media, che, a differenza del servizio di radiotelevisione, non sono chiaramente individuate e specificate sotto il loro profilo di utilità generale. Il Belgio ha quindi accordato condizioni particolari di autonomia all'emittente *VRT* nel definire i nuovi media. Tale scelta è contraria al sistema del Trattato: la discrezionalità nella definizione delle attività di SIEG spetta allo Stato membro, non all'impresa incaricata del servizio. Di conseguenza le attività di nuovi media, cui l'aiuto statale è comunque destinato, non possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, punto 183.

Le conclusioni relative all'assenza di una definizione chiara e precisa delle attività di SIEG vengono estese anche all'elemento del mandato: se manca una definizione sufficientemente precisa del SIEG di radiotelevisione, non si può sostenere la presenza di un mandato chiaro in capo all'emittente *VRT*. Per quanto attiene al controllo, la Commissione ritiene che tale funzione sia effettiva solo in fase attuale.

L'analisi della proporzionalità costi-compensazione viene preceduto da riferimenti testuali alla Comunicazione del 2001⁴⁸⁵.

Conformemente a tali indicazioni, la verifica del rispetto di una relazione di proporzionalità si articola in tre distinte verifiche che hanno ad oggetto: la presenza di una contabilità separata, il calcolo dei costi netti del SIEG di radiotelevisione, l'assenza di deroghe delle regole di concorrenza per i settori non interessati dallo svolgimento di attività di SIEG.

Lo schema di finanziamento di *VRT*, nel giudizio della Commissione, non viene ritenuto conforme a tale test di proporzionalità in quanto l'ammontare delle compensazioni finanziarie non tiene conto dei costi netti del servizio, essendovi un'ampia possibilità di costituire riserve finanziarie senza alcuna limitazione⁴⁸⁶.

Di conseguenza la Commissione conclude per l'incompatibilità del regime di finanziamento di *VRT*.

A questo punto, per una comprensione completa del caso, occorre porre in luce degli aspetti di carattere procedurale. Come accennato, la Commissione ha rilevato che lo schema di finanziamento di *VRT* è compreso in un regime di aiuti già esistente rispetto all'entrata in vigore del Trattato e quindi ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 88, paragrafo 1, Trattato CE⁴⁸⁷. Quest'ultima norma sottopone tali regimi di aiuti ad un esame permanente da parte della Commissione. Nell'ambito di questa procedura, il controllo della Commissione è finalizzato,

⁴⁸⁵ Si tratta dei punti 57 e 58 della Comunicazione del 2001, in cui, rispettivamente, si specifica che nel calcolo dei costi occorre tener conto di tutte le entrate dell'impresa e che la riduzione del prezzo di attività non di SIEG può essere indice di una sovracompensazione ovvero di una pratica anticoncorrenziale comunque illegittima ai sensi del diritto comunitario.

⁴⁸⁶ Raccomandazione cit., punto 217.

⁴⁸⁷ L'art. 88, par. 1, Trattato CE prevede: «La Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato comune.»

mediante richieste e proposte agli Stati membri, alla revisione di tali misure anticoncorrenziali.

Così infatti avviene nel caso di specie. La Commissione, ai sensi dell'articolo 18 del Regolamento CE 659/99 che definisce compiutamente le modalità di applicazione dell'articolo 88 Trattato CE, propone con una raccomandazione allo Stato membro le misure da attuare per rendere l'aiuto compatibile col Mercato comune⁴⁸⁸.

Nel caso di specie, le misure sostanzialmente ricalcano le censure relative ai motivi di incompatibilità del regime di aiuti, in particolare la necessità di una definizione chiara e precisa del SIEG di radiotelevisione e l'impossibilità di costituire con le risorse ricevute in compensazione delle riserve finanziarie senza limiti.

Il Belgio, in risposta, accoglie le proposte della Commissione e comunica le misure intraprese in tal senso: la definizione dei nuovi media verrà svolta dalla Comunità fiamminga mediante un procedimento in cui è compresa una fase di consultazione pubblica, si istituiscono riserve finanziarie limitate; il controllo del rispetto del mandato di SIEG viene attribuito ad un organo consultivo indipendente che partecipa anche al procedimento di definizione mentre il controllo finanziario e contabile è affidato ad un organo indipendente nell'ambito dell'amministrazione finanziaria dello Stato belga.

La Commissione ritiene che tali misure siano adeguate per statuire della compatibilità degli aiuti.

Si forma dunque un accordo fra lo Stato membro e la Commissione⁴⁸⁹ che incide sul regime giuridico dell'atto in esame: per effetto della comunicazione degli impegni assunti dallo Stato membro per rendere il regime di aiuti compatibile col Mercato comune, seguita dalla presa d'atto da parte della Commissione degli

⁴⁸⁸ La proposta di misure per rendere il regime di aiuti compatibile con il mercato comune ai sensi dell'articolo 18 Regolamento n. 659/99, è preceduta, come prevede l'art. 17 del citato Regolamento, da una richiesta di ulteriori informazioni indirizzata allo Stato membro in cui la Commissione comunica la sua valutazione preliminare sull'incompatibilità del regime di aiuti. Cfr. raccomandazione cit. punti 61-84.

⁴⁸⁹ Cfr. raccomandazione cit., punti 262-263.

impegni assunti, la raccomandazione, a dispetto del *nomen juris*, diviene giuridicamente vincolante⁴⁹⁰.

Complessivamente, anche in questa pronuncia della Commissione si osserva che le condizioni *Altmark* entrino a fare parte del test tradizionale utilizzato dall'Esecutivo comunitario per stabilire la presenza o meno di un aiuto di Stato.

Rispetto alla decisione sul caso *France Televisions*, lo scrutinio della Commissione sembra porre maggiormente attenzione all'aspetto della definizione del SIEG. In effetti, pare quasi che la Commissione censuri di errore manifesto la definizione del SIEG da parte dello Stato belga in relazione ai nuovi media.

Anche se lo spazio di discrezionalità attribuito allo Stato membro è preservato, emerge sicuramente una maggiore incidenza della Comunità nello svolgimento di tale funzione⁴⁹¹.

In ogni caso, come sostengono opinioni recenti a proposito del caso in esame, la decisione della Commissione è indicativa di quella varietà di approcci che, nel settore della radiotelevisione pubblica, sono in grado di conciliare obiettivi di trasparenza e proporzionalità con le specificità di ogni singolo sistema di radiodiffusione attivo in ciascuno Stato membro⁴⁹².

Inoltre, si conferma come lo strumento di indagine privilegiato da parte della Commissione per valutare gli aiuti nel settore radiotelevisivo sia la Comunicazione del 2001, malgrado i mutamenti sul piano giurisprudenziale e normativo che sono intervenuti.

⁴⁹⁰ In questo senso M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, 2006, Torino, pp. 1721-1722. Secondo l'A. ciò è ulteriore manifestazione del fatto che la procedura *ex art. 88*, par. 1, Trattato CE è caratterizzata da un obbligo di collaborazione fra le parti più marcato rispetto alla procedura di esame degli aiuti nuovi.

⁴⁹¹ Può considerarsi come elemento ulteriore in questa direzione la valutazione positiva della consultazione pubblica, prevista dal Belgio tra le misure per rendere lo schema di finanziamento compatibile con il diritto comunitario, in relazione alla definizione del SIEG nonché nella fase di controllo del mandato.

⁴⁹² In questo senso N. TOSICS, R. VAN DE VEN, A. RIEDL, *Funding of public service broadcasting and State aid rules- two recent cases in Belgium and Ireland*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008, p. 84.

6.2. Le decisioni più recenti nel settore dei servizi postali.

6.2.1. Le compensazioni a *Poste Italiane S.p.A.*

Il caso riguarda le compensazioni finanziarie accordate dallo Stato italiano per il periodo 2006-2008 a *Poste Italiane S.p.A.*, l'impresa che fornisce il servizio postale universale sul territorio italiano⁴⁹³.

Dopo una breve ricognizione della struttura operativa e delle attività svolte da *Poste Italiane S.p.A.*, la Commissione verifica se i trasferimenti stanziati dallo Stato italiano possano qualificarsi come aiuti di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE. Tale esame è condotto alla luce dei criteri tradizionali e delle condizioni *Altmark*.

In particolare, per quanto attiene all'effetto pregiudizievole per gli scambi intracomunitari, la Commissione ritiene che le misure previste dallo Stato italiano comportino tale rischio in quanto, seppure *Poste Italiane S.p.A.* non operi nei mercati degli altri Stati membri, tale impresa svolge attività nel settore finanziario e assicurativo, ambiti ormai in regime di piena concorrenza⁴⁹⁴.

La Commissione, poi, valuta la presenza di un vantaggio per l'impresa beneficiaria mediante l'esame delle condizioni *Altmark*. L'Esecutivo comunitario in tale analisi ritiene non soddisfatta la quarta condizione, sia perché *Poste Italiane S.p.A.* non è stata selezionata in base ad una procedura di pubblico appalto sia perché il livello di compensazione non è stato determinato tenendo conto di un'impresa media. In relazione al riferimento all'impresa media, l'Italia osserva che tale requisito può essere rintracciato negli obiettivi di efficienza attribuiti a *Poste Italiane S.p.A.* dal contratto di programma.

Significativo è l'argomento della Commissione in relazione a tali osservazioni delle autorità italiane⁴⁹⁵. Infatti, a giudizio della Commissione, gli obiettivi di efficienza farebbero riferimento ad un'impresa astratta, non esistente nella realtà,

⁴⁹³ Decisione della Commissione del 30 aprile 2008, relativa all'aiuto di Stato NN 24/2008 Italia (*Poste Italiane S.p.A. Compensazione statale per l'onere del servizio postale universale 2006-2008*), C(2008)1606 definitivo, avviso pubblicato in GUCE dell'11 giugno 2008, serie C 145, p. 1.

⁴⁹⁴ Decisione cit., punti 32-42.

⁴⁹⁵ Cfr., *ibidem*, punti 49-51.

per la loro incapacità di individuare un'impresa rappresentativa. In sostanza la condizione dell'impresa media viene identificata nel riferimento ad un'impresa rappresentativa del settore in cui viene destinata la compensazione. A sostegno di tale argomento, in modo poco chiaro, si richiamano quei *dicta* della sentenza *Chronopost* in cui si sottolinea come un'impresa che eroga i servizi per mezzo di un'infrastruttura a rete non opera secondo una logica puramente commerciale. Non sembra chiaro, quindi, a quale parametro di efficienza le autorità italiane dovessero far riferimento per assicurare il rispetto dello schema di finanziamento in esame alla quarta condizione *Altmark*. Anche la Commissione, quindi, è incerta sull'applicazione delle due giurisprudenze.

Appurata la natura di aiuto di Stato, la Commissione valuta la sua compatibilità utilizzando come termine di valutazione un atto del «Pacchetto Monti», la Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato sotto forma di compensazioni di obblighi di servizio pubblico⁴⁹⁶.

La Commissione, pertanto, valuta la presenza di un atto d'affidamento che con sufficiente chiarezza individui il SIEG e gli obblighi di servizio pubblico che incombono sull'operatore. A tal proposito si ritiene che lo Stato italiano abbia individuato tutti quei requisiti posti dal paragrafo 2 della Disciplina considerata⁴⁹⁷. Successivamente, l'Esecutivo comunitario esamina la seconda condizione individuata dalla Disciplina per statuire della compatibilità di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, ossia la relazione di adeguatezza fra i costi sostenuti per lo svolgimento del servizio e l'ammontare della compensazione accordata. Segue, quindi, un'analisi di tipo economico-contabile⁴⁹⁸ da cui la Commissione deduce che la compensazione accordata risulta essere connessa ai costi di servizio pubblico sopportati dall'operatore, non ha dato luogo

⁴⁹⁶ Su questo aspetto si sofferma G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, op. cit., p. 116.

⁴⁹⁷ Sono definiti la natura del servizio e la sua durata; gli obblighi di servizio pubblico – in particolare quelli attinenti all'universalità del servizio –; le imprese e il territorio interessati; la natura dei diritti esclusivi accordati a *Poste Italiane S. p. A.*; i parametri per il calcolo e per il controllo della compensazione; le modalità per evitare sovracompensazioni.

⁴⁹⁸ Si può concentrare l'attenzione sul paragrafo 97 della decisione in cui si analizzano le remunerazioni versate dalle società controllate per l'utilizzo della rete commerciale. Infatti in detto paragrafo si riconosce che esse coprono i costi diretti ed una quota proporzionale dei costi fissi e non sono stati determinati in modo arbitrario. Si è richiamata l'attenzione su questo aspetto poiché si tratta della stessa vicenda di fatto alla base dell'affaire *Chronopost*.

a sovracompensazione né è stata utilizzata per finanziare i costi di attività non rientranti nel SIEG.

I trasferimenti finanziari sono quindi aiuti compatibili *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE⁴⁹⁹.

6.2.2. Le compensazioni accordate dal Regno Unito a *Post Office Limited*.

Un'altra decisione della Commissione nel settore dei servizi postali è quella relativa al sistema di ristrutturazione finanziaria di *Post Office Limited (POL)*⁵⁰⁰, società controllata da *Royal Mail Group*, l'impresa incaricata del servizio postale nel Regno Unito. Nello specifico l'attività di *Post Office Limited* è legata all'amministrazione della rete degli uffici postali diffusi sul territorio britannico e all'erogazione di servizi di interesse generale quali il pagamento di contributi fiscali o sussidi sociali, in aggiunta al servizio postale tradizionale.

Le misure contestate riguardano dei trasferimenti finanziari a *POL* e le agevolazioni previste per il reperimento di capitali liquidi necessari allo svolgimento delle sue attività istituzionali⁵⁰¹.

La Commissione concentra il suo esame sulle condizioni *Altmark*. Il quarto requisito non è soddisfatto, in quanto il Regno Unito non ha individuato un parametro di efficienza nell'accordare l'accesso agevolato alle risorse finanziarie. Di conseguenza, la Commissione rinviene un vantaggio che configura un aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE.

⁴⁹⁹ La Commissione, tuttavia, individua un profilo di illegalità negli aiuti riferiti all'anno 2006: vi è una violazione dell'art. 88, par. 3, Trattato CE poiché essi sono stati messi in esecuzione senza attendere la preventiva autorizzazione della Commissione. Infatti si rileva che gli aiuti sono già stati iscritti nel bilancio 2006 da *Poste Italiane S.p.A.* e il procedimento interno per la concessione di tali aiuti aveva raggiunto una fase procedimentale ormai avanzata. Cfr. decisione cit. punti 53-63.

⁵⁰⁰ Decisione della Commissione del 28 novembre 2007, in relazione all'aiuto di Stato N 388/2007, Regno Unito - *Post Office Limited (POL) transformation programme*, C(2007)5623 final, avviso pubblicato in GUCE del 19 gennaio 2008, serie C 14, p. 10.

⁵⁰¹ Si tratta del "rolling working capital facility" ossia la possibilità per *Post Office Limited* di accedere a condizioni agevolate alle risorse di un fondo per far fronte alle richieste di denaro liquido nello svolgimento delle sue attività istituzionali.

Anche in questa decisione, la Commissione valuta la compatibilità del regime di aiuti ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, riferendosi alla Disciplina comunitaria del 2005.

Nel dettaglio la Commissione fa notare come il Regno Unito abbia correttamente individuato, ai sensi dell'articolo 16 Trattato CE, un SIEG nell'erogazione di una serie di attività afferenti la rete postale e nel mantenimento di una rete di uffici postali su tutto il territorio nazionale.

Alla base di tale individuazione e del successivo intervento di finanziamento, vi è la constatazione di un *market failure*: se si seguisse una logica puramente commerciale, molti uffici postali andrebbero eliminati, ma l'interesse generale richiede una diffusione capillare su tutto il territorio britannico degli uffici postali non solo in relazione al servizio postale, ma per la loro attività di informazione ed erogazione di sussidi governativi nonché per far fronte all'esigenze di servizi finanziari di cassa e di pagamento di base.

La particolarità della decisione in esame sta proprio nell'individuazione delle modalità di erogazione del servizio, cioè l'organizzazione a rete sul territorio, come un SIEG a se stante. La scelta è ritenuta legittima *ex* articolo 16, Trattato CE⁵⁰².

L'analisi della Commissione prosegue sulla base degli elementi contabili che giustificano la relazione diretta fra i costi sostenuti e l'ammontare del beneficio finanziario accordato dalle autorità britanniche. Si tiene conto soprattutto, nella valutazione dei costi, dell'aspetto dei disavanzi finanziari legate al mantenimento di uffici postali in perdita⁵⁰³.

Gli aiuti in oggetto vengono dichiarati compatibili *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Si può notare come nella valutazione compiuta dalla Commissione l'elemento del *market failure* venga preso in considerazione sia sotto l'aspetto della definizione

⁵⁰² Si consideri la decisione cit., punti 38, 39.

⁵⁰³ L'analisi è condotta in relazione al paragrafo 15 della Disciplina comunitaria in cui si prevede il calcolo dei costi fissi e variabili e di un adeguato margine di remunerazione del capitale investito, tenendo conto di tutte le entrate e dei profitti registrati nel periodo di riferimento. Cfr. *supra* capitolo II, paragrafi. 7.1, 7.2.

del SIEG sia per quanto più attiene propriamente alla scrutinio della proporzionalità delle misure statali poste in essere.

6.3. Le decisioni più recenti nel settore dei trasporti marittimi.

6.3.1. Le compensazioni accordate dall'Italia ai servizi di collegamento marittimo fra la Sicilia e le isole minori.

La Commissione esamina nel 2007 lo schema di finanziamento approvato dalla Regione Siciliana diretto a compensare i maggiori costi dovuti all'aumento di carburante per le compagnie di navigazione che svolgono servizio di trasporto passeggeri fra la Sicilia e le isole minori⁵⁰⁴.

Il servizio di trasporto è regolato da contratti di servizio pubblico stipulati fra le Autorità della Regione Siciliana e le due imprese di navigazione risultate vincitrici⁵⁰⁵, a seguito dell'espletamento di una procedura di pubblico appalto, la cui indizione era prevista da una legge regionale.

Alla base di tale intervento pubblico vi è la volontà di rispondere meglio alle esigenze di mobilità e di continuità territoriale fra la Sicilia e le sue isole minori, ritenendo non sufficienti i servizi svolti da un'altra compagnia di navigazione, titolare di una convenzione con le autorità centrali.

A seguito dell'aumento dei costi del carburante, la Regione Siciliana accorda alle due compagnie vincitrici delle compensazione forfettarie. Le misure finanziarie sono notificate dall'Italia conformemente all'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE.

La Commissione ritiene che tali compensazioni accordate alle due compagnie di navigazioni vincitrici delle gare d'appalto costituiscono aiuti di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE: le misure in questione sono imputabili allo Stato italiano, essendo erogate da una sua articolazione territoriale; si indirizzano a determinate imprese; sono potenzialmente distorsive degli scambi fra gli Stati

⁵⁰⁴ Decisione della Commissione del 24 aprile 2007, in relazione all'aiuto di Stato N-265/2006, Italia – Aiuti diretti forfettari per compensare l'aumento del costo dei carburanti nell'ambito dei contratti di servizio pubblico esistenti per i collegamenti marittimi di linea per il trasporto passeggeri fra la Sicilia e le isole minori, C(2007)1675 def., avviso pubblicato in GUCE del 24 agosto 2007, serie C-196, p. 1.

⁵⁰⁵ Si tratta delle compagnie *Ustica Lines* e *NGI*.

membri. Rilevando il collegamento con attività qualificate come SIEG, si procede alla verifica delle condizioni *Altmark*. La Commissione riscontra l'assenza della seconda condizione, poiché le compensazioni forfetarie non erano state fissate in modo obiettivo e trasparente prima dell'aggiudicazione dei contratti⁵⁰⁶.

A questo punto la Commissione valuta l'eventuale compatibilità degli aiuti a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Nel condurre questo esame, la Commissione valuta preliminarmente l'applicabilità della decisione del 2005 sulla compatibilità di aiuti sotto forma di compensazioni di obblighi di servizio pubblico. A tal proposito l'Esecutivo comunitario rileva l'inapplicabilità di tale atto, sempre sulla base dell'assenza di predeterminazione dei parametri di calcolo della compensazione forfetaria, poiché essi non rispondono a quelli fissati nei contratti di servizio pubblico stipulati a seguito dell'aggiudicazione, né si prevede in tali contratti la possibilità di modifica⁵⁰⁷.

Questa constatazione non impedisce la prosecuzione dell'analisi dell'eventuale compatibilità del regime di aiuti sempre ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE e delle sue consuete condizioni di applicazione: la definizione di una missione di SIEG; la necessità e la proporzionalità delle misure considerate ai fine dell'adempimento della missione di interesse generale; l'assenza di un pregiudizio per gli scambi comunitari.

La definizione del SIEG e degli obblighi di servizio pubblico afferenti all'attività di collegamento marittimo fra la Sicilia e le isole minori viene riscontrata nel bando della gara d'appalto e nei contratti di servizio pubblico stipulati a seguito dell'espletamento di tali procedure.

In relazione alla necessità delle misure contestate, la Commissione rileva che l'aumento del prezzo del carburante avrebbe compromesso l'equilibrio economico delle imprese interessate e la loro capacità di erogare i servizi secondo i requisiti individuati nei contratti di servizio pubblico. Inoltre, a ulteriore conferma del suo ragionamento, la Commissione osserva che l'aumento del carburante si è registrato in un periodo successivo alla conclusione di tali contratti⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Decisione cit., punto 39.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, punti 43-46.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, punti 50-51.

La proporzionalità delle compensazioni forfetarie viene rilevata nell'assenza di sovracompensazioni poiché il loro importo è inferiore ai maggiori costi dovuti all'aumento del prezzo del gasolio marittimo, rilevando d'altronde che le compagnie interessate non hanno fatto fronte a tale aumento di costi mediante un aumento delle tariffe medie.

Infine, per quanto attiene all'incidenza sugli scambi comunitari, la Commissione osserva che il regime di aiuti non compromette gli interessi della Comunità, sotto un triplice ordine di considerazioni. Infatti, alla base dell'intervento statale vi è la constatazione della presenza di una situazione di *market failure*: il mercato dei trasporti marittimi, in assenza dell'intervento statale, non avrebbe fornito servizi in grado di rispondere all'esigenze di mobilità e di continuità territoriale degli utenti. Inoltre, la stipula di gare d'appalto ha consentito la più ampia partecipazione possibile delle imprese interessate allo svolgimento del servizio. In terzo luogo, le compagnie aggiudicatrici non sono destinatarie di diritti speciali o esclusivi⁵⁰⁹.

Degno di nota è dunque l'iter logico giuridico che l'Esecutivo comunitario ha seguito nel concludere per la compatibilità del regime di aiuti al suo esame. Infatti, l'impossibilità di applicare la Decisione 842/2005 per il mancato rispetto di uno dei requisiti di applicazione non preclude alla Commissione di condurre una valutazione della compatibilità alla stregua dell'interpretazione consolidata dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

In tale ordine di considerazioni, si traggono argomenti utili a negare che i requisiti posti dalla seconda condizione *Altmark* rientrino nelle condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, come invece in dottrina si era sostenuto all'indomani del Pacchetto Monti⁵¹⁰ che, in effetti, include tale requisito fra le condizioni necessarie⁵¹¹ per stabilire la compatibilità di aiuti erogati sotto forme di compensazioni di servizio pubblico ai sensi di questa norma del Trattato.

⁵⁰⁹ Decisione cit. punto 57. Ulteriormente, a riprova della condizioni di concorrenza esistenti nel settore, la Commissione rileva che sul mercato dei collegamenti marittimi fra la Sicilia e le isole minori opera una terza compagnia, la *Siremar*, destinataria di una convenzione con lo Stato italiano.

⁵¹⁰ È l'osservazione di J. DE BEYS, op. cit. p. 9.

⁵¹¹ Cfr. art. 4 della Decisione 2005/842/CE ed i paragrafi 10-11 della Disciplina comunitaria.

Può notarsi, tuttavia, che questa conclusione è dettata dall'inapplicabilità al caso di specie della Disciplina comunitaria del 2005, in quanto tale atto esclude dal suo ambito di applicabilità il settore dei servizi di trasporto.

6.3.2. Le compensazioni di servizio pubblico attinenti al collegamento marittimo regolare fra il Friuli Venezia Giulia, la Croazia e la Slovenia.

La Commissione esamina lo schema di finanziamento previsto dalla Regione Friuli Venezia Giulia a favore delle imprese di trasporto marittimo incaricate del servizio di trasporto marittimo fra il porto di Trieste e quelli della Croazia e della Slovenia⁵¹². Una legge della Regione Friuli Venezia Giulia prevede l'indizione di una gara per l'assegnazione del servizio, prescrivendo i contenuti del futuro bando di gara. L'Italia, a norma dell'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE, notifica lo schema di aiuto alla Commissione.

L'esigenza di interesse generale documentata dalle Autorità italiane consiste nell'aumento di offerta di servizi nel collegamento marittimo fra l'Italia, da un lato, e la Croazia e la Slovenia, dall'altro, incentivando il trasferimento del traffico dalle vie terrestri a quelle marittime.

La Commissione valuta che lo schema di finanziamento integra la nozione di aiuto vietato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, poiché il sistema non è conforme alla quarta condizione *Altmark*⁵¹³. L'Esecutivo comunitario applica infatti la quarta condizione in maniera alquanto rigorosa: seppure la Regione Friuli Venezia Giulia abbia con legge regionale stabilito l'indizione di una procedura di gara per la selezione delle imprese che saranno incaricate del servizio di collegamento marittimo, ciò non assicura che la scelta si concentrerà sull'operatore la cui offerta presenta il costo minore per la collettività. Inoltre, poiché la gara non è ancora stata indetta e l'operatore non è noto, non è possibile stabilire se i costi dell'impresa corrispondono a quelli di un'impresa media efficientemente gestita.

⁵¹² Decisione della Commissione del 21 febbraio 2007, relativa all'aiuto di Stato N 62/2005, Italia - Contratto di servizio pubblico per una linea marittima regolare fra la Regione Friuli Venezia Giulia da un lato e la Croazia e la Slovenia, C (2007) 449 def., avviso pubblicato in GUCE del 25 aprile 2007, serie C-90, p. 2.

⁵¹³ Decisione cit., punto 26.

Tuttavia, poiché lo schema di aiuto riguarda le compensazioni di obblighi di servizio pubblico la Commissione afferma la necessità di valutarne alla stregua delle condizioni di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Lo scrutinio di compatibilità ai sensi di tale norma del Trattato viene effettuato alternativamente secondo due parametri applicativi. Infatti, la Commissione rileva che non sono ancora noti alcuni dati relativi al finanziamento del SIEG, in particolare i dati economico-contabili dell'impresa che sarà incaricata del servizio. Tali osservazioni, infatti, tengono conto che la Decisione 842/2005, essendo ispirata, come visto, alla finalità di giustificare *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE gli aiuti sotto forma di compensazioni di pubblico servizio *de minimis*, prevede un ambito di applicazione strutturato per soglie quantitative, tra le quali figura il fatturato annuo medio dell'impresa incaricata. La Commissione, pertanto, verifica la compatibilità dell'aiuto in oggetto *ex* articolo 86 paragrafo 2, Trattato, alternativamente, alla stregua della Decisione Monti ovvero, laddove tale atto di diritto derivato non sarà applicabile, in base ai requisiti tradizionali individuati nell'interpretazione consolidata sulla norma di deroga.

La dottrina ha messo in discussione il riferimento operato dall'Esecutivo comunitario alla decisione 842/2005, ritenendo che si sia proceduto ad una sua applicazione analogica, visto che il requisito della soglia di fatturato è, al momento dell'esame della Commissione, imponderabile⁵¹⁴.

Laddove le soglie quantitative di applicazione saranno rispettate, lo schema di finanziamento rispetta i requisiti posti da tale atto per dichiarare la compatibilità dell'aiuto col Mercato comune. In particolare il futuro regime di aiuti prevede la stipula di un contratto di servizio pubblico in cui saranno inclusi tutti gli elementi previsti per l'atto di affidamento dall'articolo 4 della decisione suddetta. Inoltre, l'ammontare della compensazione sarà calcolato secondo i parametri posti dall'articolo 5 della Decisione Monti⁵¹⁵.

Successivamente, la Commissione analizza la compatibilità dell'aiuto ai sensi dei criteri di applicazione consueti dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Per

⁵¹⁴ La critica è avanzata da G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, op. cit., p. 124.

⁵¹⁵ Decisione cit. punti 34-44.

quanto concerne l'aspetto della definizione chiara e precisa, la Commissione rinvia alle stesse argomentazioni individuate in relazione ai requisiti dell'atto di affidamento previste dalla decisione 842/2005.

La necessità dell'aiuto è ravvisata nella finalità di interesse generale di rispondere in modo più adeguato alle esigenze di mobilità fra il Friuli Venezia Giulia, regione ai confini dello Stato italiano, e gli Stati limitrofi, decongestionando il traffico stradale e migliorando i collegamenti intermodali fra di essi⁵¹⁶. La stessa ragione viene indicata a supporto della non incidenza dello schema di aiuto sugli scambi intracomunitari. La proporzionalità dello schema di compensazione, invece, viene individuata nella conformità alle prescrizioni della Decisione Monti in merito al calcolo del trasferimento pubblico all'impresa, così come in precedenza rilevato⁵¹⁷. Lo schema d'aiuto è quindi ritenuto compatibile col Mercato comune.

⁵¹⁶ *Ibidem*, punto 48.

⁵¹⁷ In relazione a tale aspetto G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*. cit., p. 124, prosegue la critica riguardante l'applicazione nel caso di specie della Decisione 862/2005. A parere dell'A., è contestabile che la Commissione abbia giudicato compatibili gli aiuti in esame sulla base di un'analisi dei costi, il cui ammontare non era individuabile *ex ante*.

CONCLUSIONI

L'analisi della giurisprudenza comunitaria e delle decisioni della Commissione fin qui esaminate ha cercato di individuare le tendenze attuali che caratterizzano l'attività della Comunità e degli Stati membri in vista tanto dell'attuazione della garanzia dei servizi pubblici, quanto del necessario rispetto del divieto di aiuti di Stato posto dal Trattato CE.

A tale punto dell'analisi occorre rinvenire una risposta agli interrogativi e, nel contempo, a sciogliere alcune delle criticità che si sono segnalate nel corso dell'indagine.

In primo luogo, il confine fra le attribuzioni della Comunità e quelle degli Stati membri appare sostanzialmente definito: allo Stato membro compete il potere discrezionale di definire talune attività economiche come SIEG, mentre alla Comunità spetta un potere di controllo che consente di censurare le scelte statali soltanto in caso di errore manifesto, ossia quando lo Stato membro ha esercitato tale potere di definizione in modo arbitrario. L'esercizio del potere di controllo che spetta alla Comunità è affidato alla Commissione ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 3, Trattato CE.

In particolare, il riparto di competenze fra Comunità e Stati membri e l'autonomia di questi ultimi in materia di SIEG sono ribadite con evidenza tanto nella recente pronuncia del Tribunale di primo grado nel caso *BUPA*, quanto nella pratica decisionale dell'Esecutivo comunitario.

Si segnala, tuttavia, che il potere discrezionale degli Stati in questa materia stenta ad essere qualificato dalla giurisprudenza comunitaria come obbligo positivo di assicurare lo svolgimento delle prestazioni di SIEG, quale invece può argomentarsi ragionando *ex* articolo 16 Trattato CE. Infatti, questa disposizione, seppure sempre più citata nelle pronunce giurisprudenziali, come già da lungo tempo avviene per gli atti di *soft law* che la Commissione ha adottato negli anni⁵¹⁸, non viene sfruttata

⁵¹⁸ Cfr. il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, *I servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270, fin.; il Libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse generale, doc. COM (2004) 374 fin.; e da ultimo la comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, doc. COM (2007) 725 fin.

nelle sue potenzialità argomentative. Così accade infatti nella sentenza *BUPA* del Tribunale di primo grado, malgrado l'analisi dei giudici di Lussemburgo in tale pronuncia si concentri proprio sull'ampiezza dei poteri discrezionali che spettano agli Stati membri nel definire ed assicurare le attività di SIEG.

Ci si può domandare se tale aspetto muterà con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, visto che la disposizione che andrà a sostituire l'articolo 16 Trattato CE - l'articolo 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - identifica in modo più incisivo la condivisione dell'obbligo di assicurare le attività di SIEG all'interno dell'Unione, con un riferimento esplicito alle condizioni necessarie al suo finanziamento.

Inoltre, si può affermare con chiarezza che il potere degli Stati membri di definire una determinata attività economica quale SIEG comprende la necessità di un intervento di finanziamento pubblico al fine di assicurare l'equilibrio economico dell'impresa incaricata del servizio.

In relazione all'esame da parte delle istituzioni comunitarie dell'attività di definizione di SIEG compiuta dagli Stati membri, si può osservare che tanto la Commissione, quanto il Tribunale di primo grado chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di tali valutazioni, hanno concentrato la loro analisi sulla presenza degli obblighi di servizio pubblico. In effetti, dal *case by case approach* sembra ricavarsi che gli obblighi di servizio pubblico di volta in volta posti dagli Stati membri individuino l'interesse generale che distingue i SIEG dalle altre attività economiche. In nessun caso fra quelli esaminati, però, le istituzioni comunitarie hanno svolto un esame preliminare inteso a verificare la natura economica dell'attività qualificata come SIEG, anche laddove tale aspetto presentava maggiori profili di perplessità, quale può essere il caso del regime di assicurazione di malattia irlandese al vaglio del Tribunale di primo grado sempre nel caso *BUPA*.

L'analisi degli obblighi di servizio pubblico viene strettamente posta in relazione con le ipotesi di fallimento del mercato. Il collegamento emerge talora anche in modo esplicito nelle valutazioni condotte dalla giurisprudenza e dalla

Commissione. Ciò conferma la validità delle ricostruzioni teoriche esposte in relazione alla nozione di SIEG nell'ordinamento comunitario⁵¹⁹.

La disanima del potere discrezionale che spetta agli Stati membri condotta dalle istituzioni comunitarie non si spinge sino all'indicazione di concreti criteri distintivi che permettano di individuare un'attività di SIEG all'interno della più ampia categoria dei servizi di interesse generale cui, oltre al Protocollo *ad hoc* allegato al Trattato di Lisbona, fanno riferimento le recenti comunicazioni interpretative⁵²⁰. Infatti non si affronta l'interrogativo più specifico del rapporto fra servizi sociali e SIEG nell'ambito della categoria dei servizi di interesse generale, non chiarendo in quali casi i servizi sociali possono definirsi SIEG ovvero se tale possibilità sia esclusa in radice.

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 nel Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona, dove gli Stati membri ribadiscono la loro autonomia nella definizione e organizzazione dei servizi generali. Invero, nel Protocollo si giunge a qualificare la discrezionalità delle scelte statali in materia di SIEG come uno dei valori comuni che ispirano l'attività dell'Unione europea in questo settore.

In relazione al tema più specifico del finanziamento statale delle imprese incaricate di SIEG, è ormai consolidata l'interpretazione che tali interventi statali non devono essere *prima facie* ricondotti nell'ambito di applicazione dell'articolo 87 Trattato CE. In presenza di obblighi di servizio pubblico, la legittimità di detti interventi statali deve essere valutata alla stregua delle condizioni che la Corte di giustizia elabora nel caso *Altmark*. Di conseguenza, nel caso del rispetto di tutti e quattro i parametri ricavabili dalla sentenza *Altmark* si afferma la legittimità dell'intervento statale nell'ordinamento comunitario sulla base del fatto che esso sfugge all'ambito di applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE; mentre,

⁵¹⁹ Si considerino in special modo le analisi di W. SAUTER, *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *European Law Review*, 2008, p. 167 ss. e P. NICOLAIDES, *The Economics of Services of General Economic Interest*, in M. SANCHEZ RYDELSKY (a cura di) *The EC State Aid Regime*, cit., p. 575.

⁵²⁰ In particolare la Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, doc. COM (2007) 725 fin.

laddove lo schema di finanziamento non sia conforme ad almeno una delle condizioni *Altmark*, l'intervento statale è qualificato come aiuto di Stato e nel contempo sottoposto ad uno scrutinio ulteriore condotto sulla base dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Se le condizioni di applicazione di quest'ultima norma sono rispettate, si può stabilire la legittimità dell'aiuto considerato.

La Commissione, appunto, effettua un esame che può articolarsi in due fasi: nella prima fase l'Esecutivo comunitario verifica il rispetto delle condizioni *Altmark*; nella seconda fase, eventuale e successiva, avviata dopo aver rilevato la difformità dell'intervento statale anche ad una sola delle condizioni individuate dalla Corte di giustizia, la Commissione considera la possibilità di applicare la deroga posta dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Si può osservare che il criterio della compensazione che la sentenza *Altmark* ha confermato nella qualificazione del finanziamento statale alle imprese incaricate di SIEG, sembra aver mantenuto, dal punto di vista applicativo, se si considera la prima fase dell'analisi, un aspetto proprio del criterio dell'aiuto di Stato.

Infatti, gli interventi statali di compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituiscono una categoria che è definita sempre in relazione alla disciplina degli aiuti di Stato, poiché, tanto nelle sentenze, quanto nelle decisioni della Commissione analizzate, l'intervento statale contestato è esaminato alla stregua dei criteri tradizionali che qualificano la nozione di aiuto di Stato *ex* articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, di cui le condizioni *Altmark* costituiscono parte integrante. Seppure non si affermi, come avveniva in ossequio al criterio dell'aiuto di Stato ormai abbandonato, la preliminare qualificazione di ogni intervento statale di compensazione come aiuto, l'analisi giuridica dell'attività degli Stati membri è condotta con riferimento all'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, in termini di esclusione dal suo ambito di applicazione, mentre nella logica accolta nella sentenza *Ferring*, che è la base teorica dell'orientamento attuale, le compensazioni di servizio pubblico sembravano far parte di una categoria concettuale a se stante. Le regole comunitarie sugli aiuti di Stato, pertanto, continuano a rappresentare il contesto giuridico di riferimento nell'analisi degli interventi statali a favore di imprese incaricate di SIEG.

L'analisi della legittimità degli interventi statali di finanziamento alle imprese incaricate di SIEG scandita in due fasi, una ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, l'altra, eventuale e successiva, svolta sulla base dell'articolo 86, paragrafo 2, tuttavia pare contraddetta dall'esame della recente giurisprudenza comunitaria, in particolare se si considera la sentenza *BUPA* del Tribunale di primo grado.

In tale pronuncia il Tribunale di primo grado conduce l'esame dello schema di finanziamento statale tenendo conto contestualmente delle condizioni *Altmark* e dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, mentre, come si è detto, nell'impostazione che sembrava essere ormai consolidata a partire dal «pacchetto Monti», la considerazione di questa norma del Trattato è eventuale ed avviene in un momento successivo dell'analisi. I giudici del Tribunale, nel proporre siffatto esame, hanno colto uno degli aspetti più critici delle condizioni *Altmark*, ossia la coincidenza di almeno due fra i quattro parametri proposti dalla Corte di giustizia con i tradizionali criteri di applicazione della deroga alle regole di concorrenza consentita dall'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE.

Dal punto di vista logico, infatti, la difficoltà maggiore è rappresentata dal fatto che le quattro condizioni *Altmark* vengono presentate dalla Corte di giustizia come criteri interpretativi dell'articolo 87, paragrafo 1, Trattato CE, malgrado, come quasi ogni commentatore che si è confrontato con tale pronuncia ha posto in luce, ricalchino i criteri di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. È stata, poi, la Commissione, elaborando l'analisi scandita in due fasi, a proporre una soluzione applicativa complessa ma in grado di conciliare l'applicazione del *dictum* della sentenza *Altmark* con quella della norma di deroga del Trattato, interpretazione che la Commissione ha posto a fondamento della decisione 842/2005 e della disciplina comunitaria, i due atti che nel «pacchetto Monti» sono dedicati all'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE agli aiuti sotto forma di compensazioni di obblighi di servizio pubblico.

Lo scrutinio del Tribunale di primo grado nel caso *BUPA*, dunque, sebbene costituisca una presa d'atto della difficoltà insita nell'applicazione delle quattro condizioni, rimette nuovamente in discussione la soluzione rinvenuta dalla

Commissione senza apportare elementi significativi di chiarezza alla questione, con il rischio di ingenerare confusione dal punto di vista applicativo.

Riportando il discorso in termini generali, astraendo dal caso *BUPA*, uno degli aspetti più problematici è rappresentato dall'interpretazione della quarta condizione *Altmark*. Come è evidente, tale condizione introduce *in subiecta materia* il rispetto del principio di trasparenza e di non discriminazione nel richiedere che la selezione dell'operatore avvenga mediante una procedura di gara, e del principio di efficienza di gestione, stabilendo che, in assenza di gara, l'impresa incaricata conformi comunque la propria attività a quella di un'impresa media attiva sul mercato. È forse la quarta condizione quella che impone agli Stati membri nell'attività di finanziamento delle imprese incaricate di SIEG i vincoli più rigorosi ma allo stesso tempo più progressisti.

La quarta condizione, d'altro canto, è difficilmente riconducibile all'applicazione tradizionale dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Si nega, infatti, che il mancato rispetto di tale condizione possa escludere la compatibilità del regime di finanziamento statale considerato. Questa conclusione è confermata dalla scelta che la Commissione ha compiuto nel «pacchetto Monti», non richiedendosi ai fini della compatibilità del regime di aiuto *ex* articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE, un requisito di formulazione analoga alla quarta condizione *Altmark*.

Inoltre, se gli obiettivi della quarta condizione *Altmark* sono indiscutibilmente condivisibili, le difficoltà applicative, derivanti dalla sua formulazione sono nondimeno numerose. In particolare, l'aspetto del *benchmarking*, ossia l'individuazione dell'impresa media, sembra essere il più problematico da applicare, in special modo se si considerano situazioni analoghe alla vicenda *Chronopost*, cioè situazioni in cui sul mercato non è presente alcuna impresa che possa paragonarsi a quella esaminata. L'ultima pronuncia della Corte di giustizia sull'annosa vicenda non ha preso posizioni in merito, né tanto meno provengono indicazioni dalle pronunce del Tribunale di primo grado in cui si sono prese in esame le condizioni *Altmark*. Nella situazione di incertezza che ne discende, da cui non è immune la Commissione, come può ricavarsi da una decisione del 2008⁵²¹, sembrerebbe auspicabile una posizione di equilibrio che affermi, nei casi in cui

⁵²¹ Il riferimento è alla decisione *Poste Italiane S. p. A.*, cit. punti 49-51.

non si può applicare il criterio dell'impresa media, comunque l'impossibilità di prescindere totalmente dalla considerazione di aspetti legati all'efficienza.

In effetti, il principio di efficienza non è avulso dalla garanzia del servizio pubblico cui Stati e Comunità sono tenuti ed è, d'altronde, funzionale all'obiettivo di assicurare l'accesso sempre più vasto a prestazioni di SIEG che rispondano alle esigenze delle collettività, in armonia con quanto risulta tanto dall'esame dei vari atti di *soft law* richiamati, quanto dalle nuove disposizioni del Trattato di Lisbona⁵²².

L'*acquis communautaire* fin qui raggiunto sembra necessitare, dunque, di alcune parziali modifiche e non di un ripensamento totale, anche tenendo conto di una verifica dei risultati dell'approccio fondato su soglie quantitative che la Commissione ha utilizzato nel «pacchetto Monti».

Pare scontato che di tale opera debba farsi carico il diritto derivato attraverso l'apertura di una meditata riflessione politica. Si auspica infatti che gli aspetti contraddittori e le difficoltà applicative che emergono nell'attività dei soggetti comunitari ricevano una soluzione normativa *ad hoc* che completi l'iniziativa intrapresa dalla Commissione nel 2005.

In primo luogo, occorre chiarire il rapporto fra le condizioni *Altmark* e l'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE. Inoltre, un intervento del diritto derivato deve tener conto delle difficoltà legate al rispetto degli obblighi procedurali posti dall'articolo 88, paragrafo 3, Trattato CE rispetto alla garanzia della continuità dei servizi pubblici, eventualmente valutando la possibilità di enucleare una disciplina procedimentale specifica per le compensazioni di pubblico servizio, in qualche modo distinta da quella applicata in via ordinaria per l'esame degli aiuti di Stato. Infine, pare necessario individuare una risposta agli interrogativi legati alla definizione dei SIEG nell'ambito della più ampia categoria dei servizi di interesse generale.

Tutto ciò non può prescindere da un dato essenziale. Il percorso sin qui tracciato ha evidenziato che nell'ordinamento comunitario il finanziamento dei SIEG non

⁵²² In particolare si può prendere in considerazione «l'alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica» che l'articolo 1 del Protocollo sui servizi d'interesse generale include tra i valori comuni dell'Unione europea in tema di SIEG.

può sottrarsi al rispetto di un principio di trasparenza nelle relazioni fra Stato ed imprese, presupposto per un'adeguata risposta alle esigenze della collettività.

Ed è altrettanto chiaro che nell'ordinamento comunitario trovano 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 tra di essi, come indica il combinato disposto dell'articolo 86, paragrafo 2, e dell'articolo 16 Trattato CE.

In ultima analisi, dunque, l'evoluzione normativa e quella giurisprudenziale sul tema non possono trascurare la dialettica di valori che emerge da queste fondamentali norme del Trattato.

BIBLIOGRAFIA

Commentari ai Trattati, manuali istituzionali di diritto dell'Unione europea e di diritto comunitario della concorrenza.

DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008.

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006.

DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004.

FERRARI BRAVO L., RIZZO V., *Codice dell'Unione Europea*, Milano, 2000.

FERRARI BRAVO L., MOAVERO MILANESI E., *Lezioni di diritto comunitario*, volume II, Napoli, 2002.

FAULL J., NIPKAY A. (a cura di), *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007.

GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2003.

GOYDER D. G., *EC Competition Law*, Oxford, 2003.

MOAVERO MILANESI E., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004.

POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001.

POCAR F., *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2003.

SANTA MARIA A., *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008.

STROZZI G., *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2005.

STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2005.

TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2008.

TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, 2 voll., Torino, 2006.

TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004.

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008.

ZANGHÌ C., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2003.

*Capitolo I**

BALBONI E., *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, in DE SIERVO U. (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, 2001, Bologna, pp. 30-34.

BAQUERO CRUZ J., *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in DE BÚRCA G., *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, pp. 169-212.

BARUFFI M. C., *Articolo 86*, in POCAR F. (a cura di) *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, pp. 448-456.

* Avvertenza: le opere citate con specifico riferimento ad un capitolo possono rivestire attinenza anche per le parti successive della trattazione.

BERGAMINI E., *La nozione di servizio di interesse economico generale nel diritto dell'Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, p. 3 ss.

BERLINGERIO G. E., *Studi sul pubblico servizio*, 2003, Milano, pp. 289-402.

BERTONAZZI L., VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI M. P., GRECO G. (sotto la direzione di), CARTEI G. F., GALETTA D. U. (coordinato da) *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 2007, pp. 1791-1836.

BOUTAYEB C., *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit européen*, 2003, p. 587 ss.

BUENDIA SIERRA J. L., *An Analysis of Article 86 (2) EC*, in SANCHEZ RYDELSKI M. (edited by) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londra, 2006, pp. 541-574.

BUZZACCHI C., *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, in DE SIERVO U. (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, 2001, Bologna, pp. 72-86.

CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

CAPANTINI M., *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, in MASSERA A. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, pp. 15-44.

CARTA M., *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 771 ss.

CARTEI G. F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1219 ss.

CASSESE S., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in STARACE V. (a cura di), *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, pp. 84-94.

CHALTIEL F., *La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001, p. 89 ss.

CHARLES LE BIHAN D., *Services d'intérêt économique général et valeurs communes*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 356 ss.

CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 453 ss.

COLOMBINI G., *Il finanziamento dei servizi pubblici*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, 2004, Pisa, pp. 149-163.

D'ADDEZIO M., *Violazioni dell'art. 16 del Trattato CE: profili sanzionatori*, in RAGIONIERI M. P., MARESCA M., *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, pp. 59-88.

DEL VECCHIO A., *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali fra globalizzazione e frammentazione*, Milano, 2003.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir ?*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2000, p. 674 ss.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in ARNULL A., EECKHOUT P., TRIDIMAS T. (a cura di), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 156-171.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., CHALTIEL F., *Le Traité de Lisbonne: quel contenu?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2007, p. 617 ss.

EUZEBY A., *Le financement de la protection sociale dans l'Union européenne. Quelques réflexions pour l'avenir*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2007, p. 178 ss.

FRIGNANI A., WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996.

GARDELLA A., *Articolo 16*, in TIZZANO A. (a cura di), *Commentario ai Trattati della Comunità Europea e dell'Unione Europea*, Milano, 2004, p. 246.

GARDNER A., *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free market in Europe's Regulated Sectors*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 78 ss.

GRARD L., *Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1999, p. 197 ss.

GRARD L., *Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général*, in *ERA-Forum*, 2002, p. 158 ss.

KNAUL A., PEREZ FLORES F., *Services of General Economic Interest*, in FAULL J., NIPKAY A. (a cura di) *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007, pp. 1747-1756.

HATZOPOULOS V., *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2007, p. 318 ss.

LANG A., *Articolo 16*, in POCAR F. (a cura di) *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 133.

LUCARELLI A., *Art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, pp. 251-258.

MANZINI P., *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 379 ss.

MARESCA M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 441 ss.

MARESCA M., *Applicazione delle norme in materia di servizi d'interesse generale*, in RAGIONIERI M. P., MARESCA M., *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, pp. 3-40.

MARESCA M., *Regole del mercato e servizi di interesse generale*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pp. 151-164.

MASTROIANNI R., *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in *Il Trattato di Amsterdam* estratto della rivista *Il Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 279-285.

MATTERA A., *La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2000, p. 303 ss.

MOAVERO MILANESI E., *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pp. 89-116.

MONTERO PASCUAL J. J., *I monopoli nazionali pubblici in un mercato concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 663 ss.

MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 39 ss.

MUNARI F., *Imprese «pubbliche» e servizi di interesse generale*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006, pp. 1647-1667.

NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

NAPOLITANO G., *L'armonizzazione regolatoria dei servizi di interesse economico generale in Europa*, in RAGIONIERI M. P., MARESCA M., *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, pp. 41-58.

NAPOLITANO G., *I servizi pubblici* (voce), in CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, volume VI, Milano, 2006, pp. 5517-5525.

NASCIMBENE B., LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 137 ss.

NICOLAIDES P., *The Economics of Services of General Economic Interest*, in SANCHEZ RYDELSKI M. (edited by) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London, 2006, pp. 575-589.

PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 633 ss.

PROSSER T., *Competition Law and Public Services: from Single Market to Citizenship Rights?*, in *European Public Law*, p. 543 ss.

RADICATI DI BROZOLO L. G., *La nuova disposizione sui servizi d'interesse economico generale*, in *Il Trattato di Amsterdam estratto della rivista Il Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 273-278.

RADICATI DI BROZOLO L. G., *L'Unione ed i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici)?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 551 ss.

RODRIGUES S., *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du Traité CE*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, p. 37 ss.

RODRIGUES S., *Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité: le mandat de Barcelone*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, p. 291 ss.

RODRIGUES S., *Traité simplifié, 4. La place des services publics.*, 2007, www.telos-eu.com/fr/node/720, 4 luglio 2007.

ROJANSKI V., *L'Union européenne et les services d'intérêt général*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2002, p. 735 ss.

ROSS M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, pp. 22-38.

ROSS M., *The Europeanization of Public Service Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 303 ss.

ROSS M., *Promoting Solidarity: from Public Services to a European Model of Competition*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1057 ss.

ROSSI L. S., *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Il Trattato di Amsterdam* estratto della rivista *Il Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 85-105.

ROTT P., *The Responsibility of the State and State Liability with a View to Services of General Interest*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, p. 89 ss.

RUBINI L., *L'impatto del GATS sulla regolazione nazionale dei servizi di interesse generale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 373 ss.

SAUTER W., *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *European Law Review*, 2008, p. 167 ss.

SOTTILI V., *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, pp. 7-33.

SOTTILI V., *L'art. 86 del Trattato CE*, in RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, pp. 35-60.

TAMBURRANO A., VALLETTA A., *I servizi di interesse economico generale* in CASSANO G., MARRAFFA R. (coordinamento), CENDON P. (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2005, pp. 471-507.

TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 719 ss.

TOSATO G. L., *Osservazioni in tema di costituzione economica dell'Unione europea*, in PANUNZIO S., SCISO E. (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, pp. 57-65.

TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1063 ss.

VAN DE GRONDEN J. W., *Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest*, in *European Competition Law*, 2004, p. 87 ss.

Capitolo II

ALEXIS A., *L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003: la Cour de justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003, p. 1 ss.

ALLIBERT B., SIKORA A., *La Commission applique pour la première fois la jurisprudence Altmark dans le domaine de l'électricité*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004, p. 83.

AMADEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 45 ss.

ANTONUCCI M., *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, p. 1356 ss.

BALLESTER R., *Services économiques d'intérêt général*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, p. 755 ss.

BARTOSCH A., *Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmarks and Chronopost*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 375 ss.

BARTOSCH A., *Compensation for Public Service Obligations: Post Altmark Reflections*, in SANCHEZ RYDELSKI M. (edited by) *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londra, 2006, pp. 55-72.

BARTOSCH A., *Social Housing and European State Aid Control*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 563 ss.

BIONDI A., *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p. 231 ss.

BIONDI A., *Gli aiuti di Stato*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R. (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, pp. 447-488

BIONDI A., EECKHOUT P., FLYNN J., *The law of State aid in the European Union*, Oxford, 2003.

BIONDI A., RUBINI L., *Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies*, in SPAVENTA E., DOUGAN M., (a cura di) *Social Welfare and EU Law*, Oxford-Portland, 2005, pp. 79-103.

BLASI A., *Aiuti di Stato e rimborso degli extra-costi di servizio pubblico*, in *Il diritto marittimo*, 2002, p. 861 ss.

BOVIS C., *Public Procurement, State Aid and Public Services: Between Symbiotic Correlation and Asymmetric Geometry*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 553 ss.

BRACQ S., *Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, p. 33 ss.

CAGGIANO G., *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 61 ss.

CANALINI D., *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Il Foro amministrativo*, 2003, p. 2733 ss.

CERASO L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 97 ss.

CHEROT J-Y., *Financement des obligations de service public et aides d'État*, in *Europe*, 2000, p. 4 ss.

CIRENEI M. T., *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 281 ss.

DE BEYS J., *Aide d'Etat et financement des services publics*, in *Journal des tribunaux. Droit Européen*, 2006, p. 1 ss.

DEREATTI C., *Un'importante decisione della Commissione sul tema del finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 319 ss.

DONY M., *Aides d'État et sauvegarde du service public*, in DONY M., DE WALSCHE A. (a cura di), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, pp. 881-902.

DONY M., *Les compensations de service public*, in DONY M., SMITS C. (a cura di), *Aides d'Etat*, Bruxelles, 2005, pp. 109-152.

FRATINI A., CARTA A., *Chronopost contro Ufex: la Corte di Giustizia UE e le «relazioni pericolose» fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 374 ss.

FRATINI A., FILPO F., *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 1183 ss.

FRATINI A., FILPO F., *Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2005, p. 15 ss.

GALLO D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 893 ss.

GALLO D., *Accesso ai servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato*, in DE CATERINI P. (a cura di), *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari, 2008, pp. 89-146.

GROMNICKA E., *Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices?*, in *European Public Law*, 2005, p. 429 ss.

HANCHER L., BUENDIA SIERRA J. L., *Cross-subsidization and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 901 ss.

KARYDIS G., *Le principe de l'«l'opérateur économique privé», critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE*, in *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2003, p. 389 ss.

KOENIG C., KÜHLING J., *EC Control of Aid granted through State Resources*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, p. 7 ss.

LINDNER N., *The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law*, in *European Public Law*, 2003, p. 359 ss.

LOUIS F., VALLERY A., *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2004, p. 53 ss.

LÜDER T., *Calculating Public Service Compensation*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2004, p. 385 ss.

LYNSKEY O., *The Application of Article 86(2) EC to Measures which do not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2007, p. 153 ss.

MAGLIANO R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2004, p. 790 ss.

MALFERRARI L., *Aiuti di Stato, vantaggi fiscali e servizi pubblici*, in *Il diritto industriale*, 2002, p. 159 ss.

MARTINELLI M., *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 113 ss.

MEROLA M., *Il «pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi d'interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pp. 117-150.

MEROLA M., MEDINA C., *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de Droit européen*, 2003, p. 639 ss.

NICOLAIDES P., *Distortive Effects of Compensatory Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgment*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 313 ss.

NICOLAIDES P., *Compensation for Public Service Obligations: the Floodgates of State Aid*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 561 ss.

ORLANDI M., *La disciplina degli aiuti di Stato*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, Torino, 2006, pp. 1668-1735.

PRIETO C., *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal du droit international*, 2004, p. 628 ss.

RAPP-JUNG B., *State Financing of Public Services – The Commission's New Approach. Is Altmark the Rule or the Exception?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2004, p. 205 ss.

RENZULLI A., *Services of General Economic Interest: the Post-Altmark Scenario*, in *European Public Law*, 2008, p. 399 ss.

RIZZA C., *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest*, in BIONDI

A., EECKHOUT P., FLYNN J. (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2003, pp. 67-84.

SANTAMATO S., PESARESI N., *Compensation for services of general economic interest: some thoughts on Altmark ruling*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004, p. 17 ss.

SCHNELLE U., *Unconditional and Non-Discriminatory Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services*, in *European State Aid Law Quarterly*, p. 195 ss.

SCOTTI E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Il Foro amministrativo*, 2003, p. 3219 ss.

SINNAEVE A., *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 351 ss.

SMITS C., *La notion d'avantage et le critère de «l'opérateur en économie en marché»*, in DONY M., SMITS C. (a cura di), *Aides d'Etat*, Bruxelles, 2005, pp. 53-78.

STROZZI G., *Gli aiuti di Stato*, in STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2005, pp. 361-428.

SVANE L. P., *Public service compensation in practice: Commission package on State aid for Services of General Economic Interest*, in *Competition Policy Newsletter*, p. 34 ss.

SZYSZCZAK E., *Financing Services of General Economic Interest*, in *The Modern Law Review*, 2004, p. 982 ss.

THOUVENIN J-M., LORIEUX M-P., *L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 Altmark*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2003, p. 633 ss.

TRAVERS N., *Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 387 ss.

VESTERDORF B., *A Comment on the New State Aid Concept as (Re-)Shaped by Altmark*, in *New Developments in European State Aid Law*, Berlin, 2004.

ZANELLI E., *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 175 ss.

Capitolo III

ATANASIU I., *Chronopost II: The Application of the Market Economy Investor Principle in Reserved Sectors*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 571 ss.

BARTOSCH A., *The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 211.

BIONDI A., *BUPA v. Commission: Annotation*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 401 ss.

BRAUN J-D., KÜHLING J., *Article 87 EC and The Community Courts: from Revolution to Evolution*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 465 ss.

DRIGUEZ L., *Compensations d'obligations de service public*, in *Europe*, 2008, p. 24 ss.

HOBBELEN H., HARRIS V., DOMINGUEZ I., *The Increasing Importance of EC State Aid rules in the Communications and Media Sectors*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 101 ss.

IDOT L., *Financement des chaines publiques de télévision*, in *Europe*, 2008, pp. 24-25.

IDOT L., *Nouvel et dernier épisode de l'affaire UFEX*, in *Europe*, 2008, pp. 25-26.

IDOT L., *SIEG et évaluation de l'avantage*, in *Europe*, 2008, pp. 27-28.

MORTENSEN F., *Altmark 86(2) and Public Service Broadcasting*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 239 ss.

SQUARATTI V., *Gli aiuti pubblici alle imprese: ricognizione della giurisprudenza comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 761 ss.

TOSICS N., GAÁL N., *Public procurement and State aid control. The issue of economic advantage*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, p. 15 ss.

TOSICS N., VAN DE VEN R., RIEDL A., *Funding of public service broadcasting and State aid rules- two recent cases in Belgium and Ireland*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008, p. 81 ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

Sentenze ed ordinanze della Corte di giustizia.

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

Sentenza del 22 marzo 1977, *Steinike und Weinling contro Repubblica Federale di Germania*, causa 78/76, in *Raccolta*, p. 595.

Sentenza del 7 febbraio 1985, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, causa 240/83, in *Raccolta*, p. 531.

Sentenza del 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Raccolta*, pagina I-5357.

Sentenza del 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon contro Repubblica francese*, causa C-354/90, in *Raccolta*, p. I-5505.

Sentenza del 19 marzo 1991, *Repubblica Francese contro Commissione*, causa C-202/88, in *Raccolta*, 1991, p. 1223.

Sentenza del 23 aprile 1991, *Höfner and Elser c. Macroton*, causa C-41/90, in *Raccolta*, p. I-979.

Sentenza del 12 febbraio 1992, *Paesi Bassi c. Commissione*, cause riunite C-48/90 e C-66/90, in *Raccolta*, p. I-565.

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

Sentenza del 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contro Eurocontrol*, causa C-364/92, in *Raccolta*, p. I-43.

Sentenza del 27 aprile 1994, *Comune di Almelo ed altri contro NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, causa C-393/92, in *Raccolta*, p. I-1477.

Sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Raccolta*, p. I-1029.

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.

Ordinanza del 25 marzo 1998, *Fédération française des sociétés d'assurances, Union des sociétés étrangères d'assurances, Groupe des assurances mutuelles agricoles, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances, Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances e Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-174/97 P., in *Raccolta*, p. I-1303.

Sentenza del 21 settembre 1999, *Albany International BV contro Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustri*, causa C-67/96, in *Raccolta*, p. I-5751.

Sentenza del 22 giugno 2000, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee – Aiuto alla Coopérative d'exportation du livre français (CELF)*, causa C-332/98, in *Raccolta*, p. I-4833.

Sentenza del 29 marzo 2001, *Repubblica portoghese contro Commissione*, causa C-163/99, in *Raccolta*, p. I-2613.

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.

Sentenza del 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contro Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, causa C-218/00, in *Raccolta*, p. I-691.

Sentenza del 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, causa C-513/99, in *Raccolta*, p. I-7213.

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.

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.

Sentenza del 20 novembre 2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie contro GEMO SA*, causa C-126/01, in *Raccolta*, p. I-13769.

Sentenza del 27 Novembre 2003, *Enirisorse S. p. A. contro Ministero delle Finanze*, cause riunite C-34/01 e C-38/01, in *Raccolta* p. I-14243.

Sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-540/03, in *Raccolta*, p. I-5769.

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*.

Sentenze del Tribunale di primo grado.

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.

Sentenza del 10 maggio 2000, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA contro Commissione*, causa T-46/1997, in *Raccolta*, p. II-2125.

Sentenza del 14 dicembre 2000, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) e CRIE SA contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-613/97, in *Raccolta*, p. II-4055.

Sentenza del 16 marzo 2004, *Danske Busvognmænd contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-157/01, in *Raccolta*, p. II-917.

Sentenza del 16 settembre 2004, *Valmont Nederland BV contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-274/01, in *Raccolta*, p. II-3145.

Sentenza del Tribunale di primo grado del 7 giugno 2006, *Union française de l'express UFEX, DHL International, Federal express international (France) e CRIE SA contro Commissione*, causa T-613/97, in *Raccolta*, p. II-1531.

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*.

Sentenza del 26 giugno 2008, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-442/03, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Sentenza del 1 luglio 2008 *Deutsche Post AG contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-266/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Conclusioni degli Avvocati generali.

Conclusioni dell'Avvocato generale Lenz del 22 novembre 1984 al caso *Procureur de la République contro Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, causa 240/83, in *Raccolta*, p. 531.

Conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro del 9 febbraio 1993 al caso *Corbeau*, causa C-320/91, in *Raccolta*, p. I-2533.

Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 maggio 2001 al caso *Ferring SA contro Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, causa C-53/00, in *Raccolta*, p. I-9067.

Conclusioni dell'Avvocato generale Alber del 17 maggio 2001 al caso *TNT-Traco*, causa C-340/99, in *Raccolta*, p. I-4109.

Conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 19 marzo 2002 al caso *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in presenza di Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, causa C-280/00, in *Raccolta*, p. I-07747.

Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 30 aprile 2002 al caso *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie contro GEMO SA*, causa C-126/01, *Raccolta*, p. I-13769.

Conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl del 7 novembre 2002 al caso *Enirisorse S. p. A. contro Ministero delle Finanze*, cause riunite C-34/01e C-38/01, *Raccolta*, p. I-14243.

Conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 14 gennaio 2003 al caso *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in presenza di Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, causa C-280/00, in *Raccolta*, p. I-7747.

Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 10 novembre 2005 al caso *Fenin*, causa C-205/03, in *Raccolta*, p. I-6295.

INDICE DEGLI ATTI COMUNITARI

Regolamenti

Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio del 26 giugno 1969 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, pubblicato in GUCE del 28 giugno 1969, serie L 156, p. 1.

Regolamento (CEE) n. 1107/70 del Consiglio del 4 giugno 1970 relativo agli aiuti accordati nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, pubblicato in GUCE del 15 giugno 1970, serie L 130, p. 1.

Regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio del 23 luglio 1992 sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, pubblicato in GUCE del 24 agosto 1992, serie L 240, p. 8.

Regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio del 7 dicembre 1992 concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo), pubblicato in GUCE del 12 dicembre 1992, serie L 364, p. 7.

Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE, pubblicato in GUCE del 27 marzo 1999, serie L 83, p. 1.

Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, pubblicato in GUCE del 3 dicembre 2007, serie L 315, p. 1.

Direttive

Direttiva 80/723/CEE della Commissione del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche pubblicata in GUCE del 29 luglio 1980, serie L 195, p. 35

Direttiva 88/301/CEE della Commissione del 16 maggio 1988 relativa alla concorrenza sui mercati di terminali di telecomunicazioni, pubblicata in GUCE del 27 maggio 1988, serie L 131, p. 73.

Direttiva 90/388/CEE della Commissione del 28 giugno 1990 relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazione, pubblicata in GUCE del 24 luglio 1990, serie L 192, p. 10.

Direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari, pubblicata in GUCE del 21 gennaio 1998, serie L 15, p. 14.

Direttiva 2000/52/CE della Commissione del 26 luglio 2000, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche pubblicata in GUUE del 29 luglio 2000, serie L-193, p. 75.

Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, pubblicata in GUCE del 24 aprile 2002, serie L 108, p. 51.

Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, pubblicata in GUCE del 15 luglio 2003, serie L 176, p. 37.

Direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, pubblicata in GUCE del 15 luglio 2003, serie L 176, p. 57.

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.

Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (Versione codificata), pubblicata in GUCE del 17 novembre 2006, serie L 318, p. 17.

Decisioni

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.

Decisione della Commissione del 4 novembre 1996, Portogallo - *Aiuti all'emittente RTP*, avviso pubblicato in GUCE del 4 marzo 1997, serie C 67, p. 10.

Decisione della Commissione del 1 ottobre 1997, *Aiuti della Francia a favore della società SFMI-Chronopost*, pubblicata in GUCE del 6 giugno 1998, serie L 164, p. 37.

Decisione della Commissione n. 2001/354/CE del 20 marzo 2001 in un procedimento a norma dell'articolo 82 del Trattato CE, caso COMP/35.141 - *Deutsche Post AG*, pubblicata in GUCE del 5 maggio 2001, serie L 125, p. 27.

Decisione della Commissione n. 2002/753/CE del 19 giugno 2002, *Misure adottate dalla Repubblica federale di Germania a favore di Deutsche Post AG*, pubblicata in GUCE, serie L 247, p. 27.

Decisione della Commissione del 13 maggio 2003 in relazione all'aiuto di Stato N-46/2003, Irlanda - *Risk equalisation scheme in the Irish Health insurance market*, avviso pubblicata in GUCE del 6 agosto 2003, serie C 186, p. 16.

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.

Decisione 2005/406/CE della Commissione del 15 ottobre 2003, *Misure ad hoc attuate dal Portogallo a favore della RTP*, pubblicata in GUCE del 6 giugno 2005, serie L 142, p. 1.

Decisione della Commissione 10 dicembre 2003, *Aiuti di Stato ai quali la Francia ha dato esecuzione a favore di France 2 e France 3*, pubblicata in GUCE dell'8 dicembre 2004, serie L 361, p. 21.

Decisione della Commissione del 16 dicembre 2003, relativa all'aiuto N-475/2003, Irlanda - *Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply - CADA*, avviso pubblicato in GUCE del 12 febbraio 2004, serie C 34, p. 4.

Decisione n. 2005/163/CE della Commissione 16 marzo 2004, *Aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alle compagnie marittime Adriatica, Caremar, Siremar e Toremar (Gruppo Tirrenia)*, in GUCE del 26 febbraio 2005, serie L 53, p. 29.

Decisione della Commissione del 6 aprile 2005 in relazione all'aiuto di Stato N 244 /2003, Regno Unito - *Credit union development support*, avviso pubblicato in GUCE del 20 dicembre 2005, serie C 323, p. 13.

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.

Decisione della Commissione del 28 novembre 2007, in relazione all'aiuto di Stato N 388/2007, Regno Unito - *Post Office Limited (POL) transformation programme*, C(2007)5623 final, avviso pubblicato in GUCE del 19 gennaio 2008, serie C 14, p. 10.

Decisione della Commissione del 21 febbraio 2007, relativa all'aiuto di Stato N 62/2005, Italia - *Contratto di servizio pubblico per una linea marittima regolare fra la Regione Friuli Venezia Giulia da un lato e la Croazia e la Slovenia*, C(2007) 449 def., avviso pubblicato in GUCE del 25 aprile 2007, serie C-90, p. 2.

Decisione della Commissione del 24 aprile 2007, in relazione all'aiuto di Stato N-265/2006, Italia - *Aiuti diretti forfettari per compensare l'aumento del costo dei carburanti nell'ambito dei contratti di servizio pubblico esistenti per i collegamenti marittimi di linea per il trasporto passeggeri fra la Sicilia e le isole minori*, C(2007)1675 def., avviso pubblicato in GUCE del 24 agosto 2007, serie C-196, p. 1.

Decisione della Commissione del 27 febbraio 2008, C(2008) 725 final, relativa all'aiuto di Stato E 8/2006 Belgio - *Finanziamento dell'emittente radiotelevisiva pubblica VRT*, avviso pubblicato in GUCE del 10 giugno 2008, serie C-143, p. 3.

Decisione della Commissione del 16 luglio 2008, relativa all'aiuto di Stato N 279/2008, Francia - *Dotation en capital pour France Télévisions*, C(2008) 3506 final.

Decisione della Commissione del 30 aprile 2008, relativa all'aiuto di Stato NN 24/2008 Italia -*Poste Italiane S. p. A., compensazione statale per l'onere del servizio postale universale 2006-2008*, avviso pubblicato in GUCE dell'11 giugno 2008, serie C 145, p. 1.

Documenti delle istituzioni

Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996, *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (1996) 281, fin., pubblicata in GUCE del 29 settembre 1996, serie C 121, p. 3.

Comunicazione della Commissione, *Orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi*, pubblicata in GUCE del 5 luglio 2007, serie C 205, p. 5.

Comunicazione interpretativa della Commissione del 26 aprile 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata in GUCE del 29 aprile 2000, serie C 121, p. 2.

Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (2001) 17, fin., pubblicata in GUCE del 19 gennaio 2001, serie C 17, p. 4.

Relazione della Commissione del 17 ottobre 2001 presentata al Consiglio Europeo di Laeken, doc. COM (2001) 598, fin., *I servizi di interesse generale*.

Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione, pubblicato in GUCE del 15 novembre 2001, serie C 320, p. 5.

Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, *I servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270, fin.

Comunicazione della Commissione del 12 maggio 2004 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Libro bianco sui servizi d'interesse generale*, doc. COM (2004) 374 fin.

Documento di consultazione della Commissione del 7 giugno 2005, *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato - Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, COM(2005) 107 definitivo.

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.

Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, doc. COM (2007) 725 fin.

BIBLIOGRAFIA ELETTRONICA

http://curia.europa.eu/it/content/juris/index_rep.htm

<http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>

<http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=it>

http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=it

<http://ec.europa.eu/competition/>

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/by_primary_obj_services_of_general_economic_interest.html

<http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/>

<http://www.telos-eu.com/>

<http://www.lavoce.info/articoli/-europa/>

