

Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea

(2016/C 262/01)

Dalla concezione soggettiva (Istituzionale) alla concezione oggettiva (*effect based*)

Alla fine degli anni '70 e poi negli anni '80 una svolta: rientrano nell'ambito della disciplina:

- a) Ogni riduzione del bilancio pubblico
- b) L'inefficienza delle imprese pubbliche

Dalla concorrenza intergiurisdizionale alla concorrenza intragiurisdizionale:

- a) Principio dell'effetto (caso Italian Textiles)
- b) Presunzione della distorsione della concorrenza e degli scambi (caso Philip Morris)
- c) Emerge il criterio dell'operatore di mercato

2005: Piano d'azione degli aiuti di Stato meno aiuti più orizzontali

2008: crisi economico-finanziaria, inversione di tendenza, provvedimenti d'urgenza, attivazione dell'art. 103.3.b

2012: Modernizzazione degli aiuti di Stato.

Linee d'azione:

a) Semplificazione

b) Gestione efficiente risorse scarse (a livello UE e SM)

Pilastri della modernizzazione:

Nozione aiuto di Stato: chiarire il significato dei diversi requisiti sui quali si basa il divieto di cui all'articolo 107.1 TFUE

Regolamento generale di esenzione: ridurre il carico delle notifiche ex ante per gli SM e per la Commissione che deve concentrarsi sulle misure nuove o con possibile maggiore impatto sul mercato interno senza sprecare risorse in una funzione *rubber stamp* (art. 107.2 e 107.3)

Regolamento *De minimis*

Orientamenti: rendere omogenee le condizioni per la valutazione di compatibilità degli aiuti ancora assoggettati a notifica (art. 107.2 e 107.3)

La Comunicazione si occupa del primo paragrafo dell'articolo 107 e non delle deroghe di cui al secondo e terzo paragrafo.

La fattispecie è fissata nel trattato: non può essere modificata dalla Commissione

La Comunicazione fornisce l'interpretazione della Commissione sulla base della giurisprudenza delle Corti europee.

L'ambito di discrezionalità della Commissione riguarda valutazioni tecniche soprattutto quando implicano valutazione economiche complesse (sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, *British Aggregates / Commissione* C 487/06 P)

Critiche alla Comunicazione

Articolo 107.1 TFUE

Fattispecie dell' «aiuto incompatibile».

Requisiti (da soddisfare cumulativamente):

1. Aiuti concessi dagli Stati o mediante risorse statali
2. Determinano un vantaggio
3. Talune imprese o produzioni
4. Falsano o minacciano la concorrenza
5. Incidono sugli scambi tra SM

Struttura della Comunicazione

Preliminari:

Nozione di impresa e di attività economica

Esempi: sicurezza sociale, assistenza sanitaria, istruzione e ricerca, cultura

Requisiti dell'articolo 107.1:

Origine statale : imputabilità e risorse statali

Vantaggio: nozione e principio dell'operatore in una economia di mercato

Selettività: materiale. Geografica, problemi con le **misure fiscali**

Incidenza sugli scambi e sulla concorrenza

Infrastrutture: problemi particolari

- I requisiti sono distinti ma nell'applicazione concreta a volte vengono associati oppure uno assorbito in un altro
- Esempi: risorse pubbliche e vantaggio, vantaggio e selettività, distorsioni alla concorrenza e incidenza sugli scambi

Presupposto: impresa.

Il trasferimento di risorse pubbliche possono rientrare nell'ambito del controllo sugli aiuti di Stato solo se il beneficiario è un' **impresa**

Nozione di origine giurisprudenziale: «ogni ente che esercita un'attività economica»

Sentenza della Corte di Giustizia del 12 settembre 2000, Pavlov e altri cause riunite da C 180/98 a C 184/98

Nozione di natura sostanziale/economica.

Non rilevano: a) stato giuridico; b) modalità di finanziamento dell'attività; c) lo scopo di lucro

- a) l'irrilevanza dello stato giuridico è finalizzato a evitare che lo Stato aggiri la disciplina utilizzando un escamotage formale
- b) È irrilevante il metodo di finanziamento: l'aiuto può andare da sovvenzione diretta a prestito agevolato, a misura fiscale di favore
- c) È irrilevante il perseguimento di un fine di lucro. Rientrano nella disciplina le associazioni come gli enti facenti parte della PA → l'attività economica si caratterizza dall'operare sul mercato (offerta di beni e servizi)

La natura di impresa è strettamente collegata a un'**attività specifica**: un ente che svolge più attività, alcune di mercato e altre non di mercato, è impresa solo con riferimento alle prime.

Enti giuridicamente distinti possono essere considerati una **singola unità economica**. Determinante è l'esistenza del controllo o altri legami funzionali, economici, organici

Attività economica

Qualsiasi attività che consiste nell'**offrire beni e servizi sul mercato**

Esistenza del mercato può dipendere:

- Dal modo in cui il servizio è organizzato (es. sanità)
- Dal grado di sviluppo economico e tecnologico

Lo svolgimento del servizio in proprio non ne esclude la natura economica (es. in house)

Anche se l'attività è svolta in via esclusiva può essere economica se c'è concorrenza potenziale

→ fattore temporale: può esserlo in un certo periodo e non in un altro

Definizione *negativa*:

Di volta in volta alcune attività sono state considerate come **non economiche** (esercizio di poteri pubblici)

Esempio: forze armate, sicurezza e controllo traffico aereo e marittimo.

Casi particolari

- 1) Sicurezza sociale
- 2) Assistenza sanitaria
- 3) Istruzione e ricerca
- 4) Cultura e conservazione del patrimonio (e della natura)

Sicurezza sociale: non è attività economica se prevale la solidarietà
→ iscrizione obbligatoria, finalità esclusivamente sociale, scopo non di lucro, non sinallagmaticità tra contributo e prestazione

Assistenza sanitaria: dipende da come gli SM strutturano il sistema

Istruzione: criterio della **prevalenza** → economica se finanziata prevalentemente da studenti e genitori; formazione e ricerca non economica se indipendente e diffusione dei risultati; attività di trasferimento del sapere se tutti i proventi sono reinvestiti

Cultura: molto ampio, criterio della prevalenza; se accessibilità gratuita o non duplicabilità (es. archivi irriproducibili) → no economica

Imputabilità e origine statale

È un requisito unitario: occorre sempre che ci sia l'uso di risorse pubbliche

L'attribuzione di un vantaggio a un privato implica l'uso di risorse pubbliche (i due requisiti vengono associati)

La delega a un ente pubblico o privato non esclude l'imputabilità allo Stato delle risorse da quello gestite

Più complicato il caso dell'impresa pubblica: ricorso a indizi

Non c'è imputabilità se lo SM è obbligato ad applicare la misura dal diritto dell'UE.

L'imputabilità è legata al controllo che lo Stato ha sulle risorse trasferite

L'impiego di risorse statali implica un impatto sul bilancio pubblico.

Sentenza Preussen Elektra Corte di Giustizia UE , 13 marzo 2001, causa C 379/98: l'obbligo ad acquistare a prezzi minimi prefissati l'energia dai produttori di energie rinnovabili non determina un trasferimento di risorse statali.

Problemi:

- a) c'è trasferimento di risorse da privato a privato ma nella nozione di aiuto l'imputabilità c'è quando lo Stato controlla l'uso delle risorse
- b) La Corte aveva affermato che il sostegno a certe imprese tramite imposizione di tasse di scopo rientra nel concetto di aiuto (Steinike , Corte di Giustizia 22 marzo 1977 causa 78/76) quindi il trasferimento di risorse tra privati **non è aiuto** se conseguenza di norma di legge **ma lo è** se conseguente a imposizione di imposte o contributi

Il concetto di inerenza al quadro normativo limita ulteriormente la nozione di risorsa statale (Corte di Giustizia , 17 marzo 1993, causa C 72/91 e C 73/91 *Sloaman Neptune*)

Vantaggio e principio dell'investitore privato

Vantaggio: beneficio che l'impresa non avrebbe in assenza dell'intervento pubblico. Riduzione di oneri altrimenti gravanti sull'impresa

Può essere **diretto** o **indiretto**.

Vantaggio indiretto caso **Decoder** (decisione della Commissione 24 gennaio 2007 n. 2007/CE, C 52/2005, confermata sia dal Tribunale che dalla Corte di Giustizia) : la concessione di incentivi ai consumatori per l'acquisto di decoder per la ricezione di programmi di tv digitale costituiva un **aiuto indiretto** agli operatori della tv digitale.

Problemi: difficoltà a individuare e quantificare

Prima formulazione 1963: «nel caso in cui un potere pubblico **rinunci** in tutto o in parte alla remunerazione del proprio capitale investito in un'impresa di Stato o in un'impresa pubblica, tale rinuncia potrà ... essere considerata aiuto di Stato». Reply to Parliament n. 48 Mr Burgbecher , 30 luglio 1963, OJ 2235/63

Ancora nel secondo rapporto sulla politica di concorrenza (punto 124) la Commissione sembra considerare la specificità dell'impresa pubblica come elemento che la mantiene fuori dall'ambito di applicazione del controllo degli aiuti di Stato

Anni '80: l'uso sistematico del principio viene caldeggiato dalla Commissione con l'avallo del Consiglio

Direttiva del Consiglio 81/363/CEE (aiuti alle costruzioni navali)

e

Decisione della Commissione 2320/81/CECA (aiuti all'industria siderurgica)

La Corte di Giustizia pone il proprio sigillo: il principio dell'investitore privato diventa il test per giudicare il comportamento delle imprese pubbliche alla luce del criterio del vantaggio di cui all'articolo 107.1 TFUE causa Meura C 234/84 Belgium v. Commission ('Meura') 1986

E' lo stesso periodo in cui viene adottata la **direttiva sulla trasparenza** dei rapporti finanziari tra lo Stato e le imprese pubbliche

La direttiva è difesa dalla Corte di Giustizia nei confronti degli Stati membri che sostenevano la specialità delle imprese pubbliche

Joined cases 188 to 190/80, French Republic, Italian Republic and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Commissione of the European Communities

È una tappa fondamentale: la tutela della concorrenza non solo all'interno dei mercati già ad essa assoggettati ma anche utilizzata a fini di apertura e liberalizzazione dei mercati stessi

Non c'è aiuto se l'operazione avviene a condizioni di mercato sentenza CdG 11.7.1996 SFEI (punti 60 e 61)

Criterio dell'investitore, del creditore, del venditore e dell'acquirente

Si applica solo se lo Stato agisce come agente economico ma di recente anche in caso di misure fiscali (caso EDF)

Valutazione ex ante al momento della decisione, non rilevano gli obiettivi perseguiti, nei casi dubbi onere della prova a carico dello SM, in casi particolari anche una transazione a prezzi di mercato può non soddisfare il criterio se l'operazione non è economicamente giustificata (Tribunale 28.1.1999 BAI)

Rispondenza alle condizioni di mercato

- Operazione effettuata in base a procedura di gara
- Operazione effettuata in base a condizioni di parità (*pari passu*)

Se non si fa ricorso a tali metodi:

- Metodo della comparazione parametrica (*benchmarking*)
- Altri metodi

Criteri per valutare se un'operazione è svolta a condizioni di parità tra operatori pubblici e privati:

- 1) Decisione ad intervenire contemporanea o meno
- 2) Modalità e condizioni identiche o meno (anche con riferimento a livello di rischio e remuneratività)
- 3) L'intervento dei privati ha rilevanza economica o meno
- 4) La posizione di partenza degli operatori privati e pubblici è comparabile

Vendita e acquisto di attivi, beni , servizi ed operazioni equiparabili

Procedura concorrenziale (la giurisprudenza parla di gara «aperta»)

Trasparente

Non discriminatoria e incondizionata

Conforme ai principi del trattato in materia di appalti pubblici:

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali

Comunicazione della Commissione relativa all'aggiudicazione di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive sugli appalti pubblici

Trasparente: pubblicità adeguata

Trattamento **non discriminatorio**

Non è sufficiente se c'è una sola offerta (a meno che si inseriscano misure di salvaguardia e non è evidente che un unico operatore può presentare un'offerta idonea) e verifica con mezzi aggiuntivi che garantiscono che il prezzo sia di mercato

Incondizionata

Nel caso di cessione di beni il prezzo idoneo è quello più elevato, nel caso di acquisto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (rendimento normale)

Altre modalità

Benchmarking : molteplicità di elementi da considerare (se gamma di valori scegliere quello centrale – medio o mediano)

Metodologie comunemente adottate (VAN e TRI)

Garanzie e prestiti

Garanzie: Tre livelli: garante, mutuante e mutuatario. Solitamente l'aiuto si colloca al livello del mutuatario ma può interessare anche il mutuante quando il prestito garantito serve a rimborsare un prestito non garantito.

Rileva il fattore temporale: le garanzie illimitate di solito sono considerate come stipulate non alle condizioni di mercato

Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie (20.6.2008)

Per i prestiti il tasso di riferimento di cui alla Comunicazione della Commissione relativa alla revisione del metodo di fissazione dei tassi di riferimento e attualizzazione (19.1.2008)

Selettività

La selettività è probabilmente il requisito più controverso

Distinto dal requisito del vantaggio ma a volte nella prassi «assorbito» da quest'ultimo

Particolare importanza nel caso di misure fiscali

Misure generali/selettive: distingue l'esercizio legittimo della potestà normativa in politica economica dalla distorsione del mercato interno

Problema: non c'è nozione normativa di misura generale. Alcuni documenti dove l'elemento comune è l'apertura della misura

Selettività materiale: *de jure* e amministrativa.

- a) De jure → discende dal modo in cui è disegnata la norma
- b) dall'applicazione discrezionale di una regola generale

Selettività di fatto: formalmente generale ma effetti discriminatori (caso Gibilterra)

Selettività geografica. Caso Azzorre :

- a) Autonomia istituzionale
- b) Autonomia procedurale
- c) Autonomia economica e finanziaria

Misure fiscali

Comunicazione del 1998 sull'applicazione degli aiuti di Stato alla tassazione diretta delle imprese (ora revocata e sostituita dalla Comunicazione sulla nozione d'aiuto)

a) Sistema di riferimento: esempio base imponibile

b) Deroga: trattamento differenziato tra imprese in situazione giuridica e di fatto analoga

Soddisfatte a) e b) la misura è *prima facie* selettiva (prova della Commissione)

c) Giustificazione sulla base della natura e struttura del sistema (onere della prova sullo Stato) es. logica redistributiva (progressività) o ragioni di gestione amministrativa

Casi specifici:

Cooperative → regime speciale non selettivo se: operano dell'esclusivo interesse dei soci che partecipano all'attività economica, hanno un rapporto non solo economico con la cooperativa, hanno diritto alla equa ripartizione dei risultati dell'attività;

Organismi di investimento collettivo → colmare la differenza tra investimento diretto e tramite società e fondi di investimento (**neutralità fiscale**) ma non devono garantire detassazione completa

Condoni fiscali → se accessibili a tutti; non c'è selettività di fatto; non c'è discrezionalità dell'amministrazione fiscale

Ruling fiscali → incrementano la certezza ma devono rispettare il principio della libera concorrenza (rif. **Arm's length principle**)

Altri casi: norma ammortamenti, antiabuso, accise

Incidenza sugli scambi e la concorrenza

Distorsione della concorrenza consiste nel miglioramento della posizione del destinatario rispetto alle imprese concorrenti

Esclusa se:

- a) Servizio in monopolio legale
- b) Esclusa la concorrenza sia **nel** che **per** il mercato
- c) Assenza di sussidio incrociato

La presenza di un vantaggio di solito è considerata sufficiente a far presumere l'esistenza della distorsione

Incidenza sugli scambi:

Non è necessario dimostrare l'incidenza effettiva

Non è necessario che il destinatario partecipi a scambi transfrontalieri

Non rileva l'entità dell'aiuto (importo anche minimo a differenza del *de minimis*)

Può sussistere anche se la maggior parte delle esportazioni sono extra UE

Non è necessario definire il mercato

La distorsione non può essere però solo ipotizzata

Esempi in cui si assume assenza di incidenza: strutture sportive o ricreative prevalentemente a utenza locale; mezzi di informazione e/o prodotti culturali con pubblico limitato;

Infrastrutture

Per lungo tempo il settore delle infrastrutture è stato considerato di competenza dei poteri pubblici e di conseguenza al di fuori del campo d'azione del controllo degli aiuti.

La Comunicazione dichiara esplicitamente che il finanziamento pubblico delle infrastrutture aventi utilizzo economico come ogni altro finanziamento pubblico ad attività economica

Specificità: ruolo delle infrastrutture nella crescita economica. Piano Juncker.
Fast track

- Tre livelli possibili:
 - a) Promotore
 - b) Gestore
 - c) Utilizzatore finale

Per lungo tempo la costruzione di una infrastruttura è stata considerata misura generale di politica economica e non attività economica (almeno fino alla metà anni '90)

La natura pubblica assorbiva anche la gestione della stessa

Aéroport de Paris (2000): il Tribunale qualifica come attività economica la gestione di una infrastruttura aeroportuale (conferma della CdG)

Leipzig /Halle (2011): il Tribunale qualifica come attività economica la costruzione della pista di un aeroporto

Problemi: retroattività

Se un'infrastruttura originariamente non è utilizzata per fini economici viene poi «convertita» (es. aeroporto da militare a civile) rientra nell'ambito di applicazione del controllo degli aiuti.

Problemi. Solo il costo della *conversione* viene preso in considerazione al fine di applicare il controllo degli aiuti (205). L'eventuale beneficio non è quello del non sopportare il costo della conversione ma il valore dell'infrastruttura (meno deprezzamento)

Nel caso di infrastrutture locali o municipali può essere poco probabile che un finanziamento pubblico incida su possibili finanziamenti stranieri: in questo caso non si rientra nell'applicazione del controllo degli aiuti.

In linea generale la costruzione dell'infrastruttura non rientra nell'ambito degli aiuti se:

- a) Non è in concorrenza con altre (d es. reti globali che sono monopoli naturali)
- b) Finanziamento privato marginale
- c) L'infrastruttura non è concepita per favorire qualche impresa in particolare.
- d) Il finanziamento pubblico non è trasferibile ad attività economiche (no sussidio incrociato)

Concetto di accessorietà (sviluppato dalla Commissione nell'ambito delle infrastrutture di ricerca)

Uso misto: se viene utilizzata quasi esclusivamente a fini non commerciali non c'è aiuto purché la componente commerciale non superi il 20 per cento della capacità della infrastruttura e sia strettamente connessa all'attività principale (perché ad esempio si utilizzano gli stessi fattori)

Non c'è aiuto perché non c'è incidenza sugli scambi:

- a) Non c'è concorrenza con altre infrastrutture
- b) Il finanziamento privato è insignificante
- c) L'infrastruttura non è dedicata
- d) Assenza di sussidio incrociato

Profili settoriali:

Aeroporti

Porti

Banda larga

Energia

Ricerca

Ferrovia

Strade

Idrico e fognario

Problemi. Si tratta di riferimenti alla prassi della Commissione e non a una consolidata giurisprudenza

Aiuti ai gestori e agli utenti di una infrastruttura

Gestori. C'è aiuto se il prezzo pagato per utilizzare l'infrastruttura è inferiore a quello che si pagherebbe per utilizzare una infrastruttura analoga

Si richiamano i punti da 90 a 96 della Comunicazione sulle condizioni per le quali il principio dell'operatore in una economia di mercato sono soddisfatte in presenza di una gara.

Punto 224: la Commissione ricorda la possibilità di intervento ex post nel caso in cui lo SM non abbia rispettato l'obbligo di notifica e sorgano dubbi di compatibilità ingiungendo la sospensione dell'esecuzione della misura e il recupero dell'aiuto già versato fino alla decisione sulla compatibilità

Utenti. Condizione: gli utenti sono imprese

Ricorso alle condizioni di cui ai punti da 90 a 96

