



La nozione di aiuto di Stato¹

DI GIANLUCA CONTALDI

SOMMARIO: 1. Cenni preliminari – 2. La nozione di aiuto di Stato: l'esistenza di un vantaggio economico. – 3. Segue: la selettività dell'aiuto. – 4. Il pregiudizio alla concorrenza e al commercio tra gli scambi tra gli Stati membri.

1. Cenni preliminari

Gli aiuti di Stato rivestono indubbiamente un ruolo fondamentale nella disciplina del mercato interno.

La finalità del Trattato è riassumibile nella volontà di evitare che, attraverso gli aiuti, gli Stati possano intervenire nel funzionamento del mercato e falsare la libera concorrenza. Sotto altro profilo, gli aiuti di Stato costituiscono in pratica l'ultimo campo nel quale i governi nazionali dispongono tutt'ora di un margine, seppure ristretto, di manovra. Il Trattato, in definitiva, risente di questa dicotomia: i padri fondatori, se da un lato introdussero un chiaro divieto per gli Stati di concedere aiuti alle imprese, dall'altro temperarono tale divieto con svariate deroghe, in modo da consentire ai paesi membri di controllare, seppure in maniera compatibile con il funzionamento del mercato interno, la propria politica economica e di incentivare l'efficienza del proprio sistema produttivo.

Come si comprende agevolmente, gli aiuti di Stato sono quindi strettamente collegati con la politica di concorrenza. Ciò emerge innanzitutto dalla struttura del Trattato, il quale colloca, la regolamentazione degli aiuti di Stato immediatamente di seguito a quella della politica antitrust, all'interno dello stesso capo, dedicato appunto alla

¹ Relazione al Convegno AIDEN, *Gli aiuti di Stato. Profili generali e problematiche energetiche*, Milano, 1° luglio 2019.

regolamentazione della concorrenza (rispettivamente: sezione 1 e sezione 2, del capo 1, del titolo VII, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

In secondo luogo, la volontà del legislatore di fornire una disciplina in qualche modo unitaria dei due settori normativi (antitrust e aiuti di Stato), emerge anche dai documenti adottati della Commissione. La disciplina degli aiuti di Stato è stata, infatti, oggetto, al pari di quella della concorrenza in senso stretto, di un processo di “modernizzazione”. Tale processo di modernizzazione, tuttavia, è risultato meno incisivo di quello realizzato, con il reg. 1/03, per le norme antitrust. La modernizzazione è infatti avvenuta eminentemente con una mera comunicazione, pertanto con un atto strutturalmente inidoneo ad introdurre modifiche di rilievo sostanziale².

La comunicazione in questione persegue espressamente tre obiettivi principali: contribuire ad aiutare gli Stati ad usare al meglio le risorse pubbliche; focalizzare l'attenzione dell'organo di controllo sui casi più rilevanti e rafforzare la cooperazione tra i paesi membri; semplificare le norme procedurali in modo da garantire decisioni più rapide.

Lo scopo essenziale del processo di modernizzazione può quindi essere riassunto nella volontà del controllore europeo di orientare meglio le risorse pubbliche verso obiettivi di interesse pubblico, quali possono essere gli aiuti nel campo sociale ovvero quelli a favore dell'ambiente. In altri termini, il processo di modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato mirava, sulla falsariga di quello avvenuto per la concorrenza, ad orientare la disciplina di questo settore in senso funzionale. Ovvero, ad abbandonare l'approccio formalistico che aveva caratterizzato l'azione della Commissione nei primi anni, a favore di una valutazione dell'impatto economico delle singole misure statali di sussidio a determinate imprese.

Tale volontà emergeva, d'altro canto, fin dal c.d. *State Aid Action Plan* (SAAP) ovvero dal programma con il quale l'esecutivo europeo dichiarava, appunto, di volere introdurre un controllo di tipo economico nella disciplina degli aiuti di Stato³.

² *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Modernizzazione degli aiuti di stato dell'UE*, COM (2012) 209 dell'8.5.2012.

³ *State Aid Action Plan, Less and Better Targeted State Aid: a Roadmap for State Aid Reform 2005-2009*, Bruxelles, 7 giugno 2005, COM (2005) 107 final. In dottrina v. HILDEBRAND, SCHWEINSBERG, *Refined Economic Approach in European State Aid Control- Will It Gain Momentum*, in *World Competition*, p. 449 ss.; SCHEPISI, *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l'Action Plan della Commissione europea: un primo bilancio*, in Schepisi (a cura di), *La*

In realtà, come si cercherà di dimostrare, il processo di modernizzazione non sembra avere determinato un mutamento nelle modalità di applicazione delle regole in tema di aiuti, ma ha semplicemente indotto una semplificazione ed una maggiore focalizzazione della Commissione verso i casi potenzialmente più pericolosi per il funzionamento del mercato interno.

2. La nozione di aiuto di Stato: l'esistenza di un vantaggio economico.

Fondamentale, ai fini dell'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, è la nozione dell'istituto, sulla quale focalizziamo ora la nostra attenzione.

La nozione di aiuto di Stato si compone, tradizionalmente, di quattro elementi: *a)* l'imputabilità allo Stato della risorsa; *b)* l'esistenza di un vantaggio; *c)* il pregiudizio alla concorrenza; *d)* il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri. Si tratta, inoltre, di condizioni cumulative: per essere in presenza di un aiuto di Stato devono, infatti, ricorrere tutte e quattro⁴.

Questi elementi sono stati oggetto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale e di un'apposita Comunicazione della Commissione⁵.

Del primo requisito (l'imputabilità allo Stato) – forse il più importante dei quattro – parlerà il Presidente Lipari: pertanto di questo aspetto non trattiamo in questa relazione.

Pur non ricorrendo espressamente nella nozione, è poi notorio come il presupposto per l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato presupponga l'esistenza di un'impresa. Occorre, infatti, che il beneficiario svolga un'attività economica. Rientra in tale nozione qualunque attività diretta ad offrire beni e servizi sul mercato.

È, inoltre, indifferente la natura privata o pubblica del beneficiario. Si tratta, come è noto, di una lettura alquanto estensiva dell'art. 345, TFUE, il quale stabilisce che il

“modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement, Torino, 2011, p. 17 ss., spec. 20 ss.; OSTI, *La riforma degli aiuti di Stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, ivi, p. 57 ss.

⁴ V., in particolare, sentenze del 21 dicembre 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione/World Duty Free Group e a.*, EU:C:2016:981, punto 53 e giurisprudenza ivi citata; nonché del 18 maggio 2017, C-150/16, EU:C:2017:388, *Fondul Proprietatea*, punto 13.

⁵ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, del 19 luglio 2016 (2016/C 262/01). La comunicazione è riprodotta in ROSSI DAL POZZO, *Codice degli aiuti di Stato*, Torino, 2019, p. 223 ss.

Trattato non incide sui regimi di proprietà vigenti negli Stati membri. In realtà, tale supposta neutralità del Trattato è più apparente che reale, dal momento che, in via esemplificativa, nazionalizzare un istituto di credito o un'azienda che versa in uno stato irreversibile di crisi e che presenta perdite patrimoniali talmente elevate da non riuscire a trovare acquirenti sul mercato, non può costituire un'azione indifferente sul piano della politica degli aiuti di Stato. Come è evidente, prescindendo dalla natura pubblica o privata del beneficiario, la Commissione è riuscita ad ampliare il proprio raggio di azione, includendo nella nozione di impresa anche le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Tale lettura estensiva della disciplina degli aiuti di Stato ha poi consentito all'organo esecutivo di ravvisare l'esercizio di un'attività economica anche all'interno di settori che tradizionalmente assolvono a scopi pubblicistici, quali ad esempio la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria.

Il primo requisito del quale dobbiamo pertanto occuparci in maniera specifica è l'*esistenza di un vantaggio*. Tale è qualunque "beneficio economico". Al riguardo sono irrilevanti sia la finalità della misura, sia la forma della stessa. Quello che conta è, appunto, che l'impresa riceva un vantaggio finanziario o economico che non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato.

Discende da ciò che non siamo in presenza di un aiuto se il beneficio economico è meramente indiretto. Esempio di questa affermazione è il noto caso dei taxi londinesi⁶. Nella specie, in detta occasione, la Corte ha chiarito che la circostanza che i taxi non fossero soggetti a sanzione pecuniaria se utilizzavano le corsie preferenziali riservate ai mezzi pubblici non costituiva un aiuto di Stato. Neppure laddove si raffrontava tale situazione con quella degli autisti privati (i c.d. "noleggi con conducente", secondo l'accezione diffusa nella prassi commerciale italiana) che invece erano soggetti

⁶ Corte di giustizia, 14 gennaio 2015, causa C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, punto 40: «(i)nvece, nel procedimento principale, è pacifico che ciascun utilizzo non autorizzato delle corsie riservate agli autobus costituisce un'infrazione passibile di un'ammenda e che le autorità pubbliche competenti non hanno predisposto alcuno strumento atto ad eludere il pagamento di tali ammende. Inoltre, da quanto constatato al punto 37 della presente sentenza deriva che il fatto che i taxi londinesi possano utilizzare tali corsie senza incorrere in ammende risulta non da una rinuncia, da parte dei poteri pubblici, alla riscossione di ammende dovute, ma dall'autorizzazione accordata ai taxi di utilizzare tali corsie» (nella specie si trattava dell'autorizzazione data solo al servizio di taxi e non a quello delle vetture a noleggio con conducente, di percorrere le corsie riservate agli autobus senza incorrere in sanzione amministrativa).

a sanzione, laddove avessero utilizzato le corsie riservate. Secondo la Corte, infatti, non siamo in presenza di un vantaggio economico.

A ciò si aggiunga che il vantaggio del quale godevano i taxi non sarebbe, nella prospettiva della Corte, neppure *selettivo*, dal momento che della possibilità di passare sulla corsia riservata ai mezzi pubblici possono usufruire anche gli autobus.

In realtà, tale sentenza, appare dimostrativa dell'assunto dal quale siamo partiti. Ovvero che la nozione di aiuto di Stato si configura eminentemente come una nozione formalistica, che non attiene in alcun modo all'impatto che le singole misure statali determinano sul funzionamento dei sistemi economici. Laddove, al contrario, le istituzioni europee adottassero un approccio economico sarebbe infatti agevole ravvisare l'esistenza di un mercato unico tra taxi e noleggi privati e, al contempo, stabilire che gli autobus pubblici partecipano ad un mercato diverso. La differenza tra taxi e noleggi con conducente, da un lato, ed autobus dall'altro sta infatti non tanto nel percorso seguito dai mezzi in questione, quanto nelle modalità con le quali viene prestato un determinato servizio: i primi, infatti, conducono l'utente direttamente alla meta, senza fermate intermedie e senza raccogliere altri clienti lungo il percorso; l'autobus, al contrario, effettua varie fermate, fa salire e scendere altri utenti, non lascia – di norma – le persone che fruiscono del servizio esattamente dove costoro vorrebbero andare, non è disponibile a chiamata e, infine, non garantisce neppure il posto a sedere. Quindi, se la Commissione unifica in una valutazione unitaria mercati dichiaratamente diversi per le loro caratteristiche intrinseche, è evidente che sta prescindendo dall'analisi economica della fattispecie.

È d'altro canto bene avvertire che nella pratica è spesso problematico distinguere tra vantaggio economico e mera *compensazione dei costi* connessi al fatto che l'impresa gestisca un servizio pubblico.

La Corte di giustizia ha riconosciuto, nel noto caso *Altmark*, che l'impresa che gestisce un servizio di interesse generale possa ricevere aiuti di Stato, solo a patto che detti aiuti si limitino a compensare i costi necessari per garantire l'universalità del servizio reso. Di fatto, la Corte ha subordinato la possibilità di concedere aiuti all'impresa che

gestisce un servizio universale a condizioni talmente restrittive da rendere la possibilità di erogare aiuti di Stato estremamente problematica sul piano pratico⁷.

Soprattutto, poi, è problematico verificare se vi sia un aiuto di Stato in tutte quelle situazioni nelle quali lo Stato agisce come *iure privatorum*.

In tale ambito, per verificare che l'intervento non costituisca un aiuto di Stato, la Commissione ha costruito il criterio dell'*investitore privato*, secondo il quale la dazione di risorse pubbliche è ammissibile «se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili a quelle degli enti che gestiscono il settore pubblico avrebbe effettuato conferimenti di capi tali di simile entità»⁸.

È una valutazione autonoma, che, peraltro, prescinde da ciò che lo Stato ha già fatto sul piano pubblicistico. In altri termini, essa prescinde dalla circostanza che uno Stato membro abbia in precedenza concesso un aiuto di Stato e che, in ipotesi di fallimento del beneficiario, allo Stato costi di più ripianare la perdita⁹. In altri termini, è indifferente che lo Stato abbia già concesso degli aiuti di Stato (consistenti, nella specie, nella concessione di una garanzia) e che tale aiuto sia stato autorizzato dalla Commissione. In questa ipotesi, infatti, lo Stato potrebbe anche essere indotto ad intervenire proprio per evitare di essere successivamente chiamato a ripianare le perdite. Tuttavia, secondo la Commissione e la Corte di Lussemburgo, la precedente azione condotta come soggetto pubblico non deve incidere sulla valutazione dell'operato dello Stato come investitore. Anche questa decisione, in realtà, finisce per confermare l'assunto

⁷ Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, Raccolta, I-7747, punto 95: «incombe al giudice a quo verificare il ricorrere delle seguenti condizioni: - in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; - in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; - in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; - in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento».

⁸ Corte di giustizia, 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Repubblica italiana c. Commissione*, Raccolta, I-1603, punto 19 (concernente gli aumenti di capitale erogati da Finmeccanica e IRI ad Alfa Romeo).

⁹ Corte di giustizia, 6 marzo 2018, causa C-579/16, *Commissione europea c. FIH Holding A/S*, punto 58.

iniziale: ovvero che le istituzioni europee non svolgono alcuna effettiva analisi economica, limitandosi, piuttosto, a verificare la sussistenza di determinati elementi formali. È infatti evidente che, in tal modo, la Commissione prescinde dall'analisi economica e dall'impatto che le misure statali sono dirette a produrre.

Il criterio dell'investitore privato implica, poi, che l'agente assuma le proprie decisioni in funzione di un'aspettativa di redditività entro un certo lasso di tempo¹⁰. Un imprenditore può, pertanto, anche decidere di finanziare una propria impresa in stato di bisogno, laddove questo corrisponda ad una strategia globale ed è ragionevole sperare che la stessa produca utili al superamento della crisi; o anche nel caso in cui non vi sia un'aspettativa di redditività in tempi brevi, ma l'intervento corrisponda a quello che farebbe un'azienda di grandi dimensioni, in una prospettiva di *holding* o di un gruppo di imprese articolato, al fine di evitare cedimenti strutturali all'interno del gruppo.

In sintesi, per valutare la legittimità dell'intervento dello Stato sul piano privatistico occorre svolgere un'analisi di carattere prospettico, comparando i costi e i benefici attesi da un determinato intervento. Naturalmente, bisogna basarsi sulle informazioni disponibili all'epoca nella quale sono state assunte le relative decisioni.

Il problema del criterio dell'investitore privato è che esso ha determinato una sorta di *inversione dell'onere della prova*. Nel senso che è lo Stato che deve dimostrare di avere agito come un prudente investitore che opera in un'economia di mercato e deve quindi dimostrare di avere operato la scelta migliore, sulla base delle informazioni al momento disponibili.

In linea di principio, non sussiste una violazione del criterio dell'investitore privato (e quindi non si è in presenza di un aiuto di Stato), laddove lo Stato abbia agito secondo una di queste modalità: a) *pari passu* con investitori privati; oppure b) ha seguito una procedura competitiva (sicuramente ciò si verifica allorché ha rispettato la direttiva 2014/24, sugli appalti pubblici).

Al di fuori di queste due ipotesi, non siamo in presenza di un aiuto di Stato, laddove l'operazione sia analoga a quella compiuta, in situazioni analoghe, da imprese private (c.d. *benchmarking*).

¹⁰ V. le seguenti sentenze della Corte: 14 settembre 1994, cause riunite C-278/92, C-279/92 e 280/92, *Spagna c. Commissione*, Raccolta, I-4103, punti 20-22; Tribunale, 15 settembre 1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, *BFM e EFIM*, ivi, II-3437, punto 79; Id., 12 dicembre 2000, causa T-296/97, *Alitalia - Linee aeree italiane Spa*, ivi, II-3871, punto 84.

La difficoltà del criterio valutativo introdotto dalla Commissione del criterio dell'investitore privato si pone, come è evidente, soprattutto in relazione alla prestazione di *garanzie*.

Al riguardo è nota la teoria – seguita dalla Commissione e di fatto legittimata dalla Corte – secondo cui talune procedure concorsuali, laddove lascino un eccessivo margine di discrezionalità alla pubblica autorità, rappresentano un aiuto di Stato, a causa dell'implicita garanzia fornita dallo Stato. Peraltro è sufficiente per la Commissione provare l'esistenza della garanzia; ma non è tenuta a provare gli effetti, perché questi sono “impliciti” o “presupposti” nel fatto stesso di prestare una garanzia¹¹. Anche con riferimento a questo elemento, pertanto, la Commissione, dando per presupposta l'esistenza dell'aiuto alla semplice prestazione di una garanzia, omette di fatto di verificare l'effettivo impatto di una determinata misura statale.

L'intervento economico può poi essere anche *indiretto*, come si verifica nell'ipotesi in cui si indirizzi una determinata erogazione apparentemente verso i consumatori, allorché i beneficiari indiretti sono in realtà determinate imprese. Tale ipotesi è dimostrata dal contributo erogato dallo Stato ai consumatori per incentivare l'acquisto di *decoder*, al fine di favorire il passaggio dalla TV via cavo a quella satellitare. Apparentemente i beneficiari erano i consumatori che acquistavano il decoder, i quali si vedevano ridotto il prezzo di acquisto dell'apparecchio; tuttavia il vantaggio economico di siffatta operazione veniva avvertito soprattutto da quelle aziende che già trasmettevano i propri programmi in via satellitare¹².

3. Segue: la selettività dell'aiuto.

Occorre poi che l'aiuto non si limiti a conferire al beneficiario un vantaggio economico, ma che ciò faccia in maniera *selettiva*. Per essere incompatibile con il funzionamento del mercato interno, l'aiuto deve infatti favorire «talune imprese o talune produzioni» (art. 107, par. 1, TFUE).

¹¹ Sentenza della Corte del 3 aprile 2014, causa C-559/12 P, *Francia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:217, punti 96-98.

¹² Tribunale, 15 giugno 2010, causa T-177/07, *Mediaset*, Raccolta, II-2341; confermato da Corte di giustizia, 28 luglio 2011, causa C-403/10 P, *ivi*, I-117.

Tale carattere non ricorre laddove l'intervento sia diretto alla generalità dei consociati, come può avvenire in presenza di un intervento finalizzato a promuovere la ricerca o lo sviluppo ovvero allorché esso presenta una finalità sociale (ad esempio, un aiuto diretto a favorire la riqualificazione dei disoccupati in una determinata area).

Può tuttavia accadere che taluni interventi siano generali ed astratti, ma che poi l'erogazione dipenda, in concreto, da *scelte discrezionali* dell'autorità pubblica: con la conseguenza che non si può escludere aprioristicamente che questi siano in realtà finalizzati ad aiutare solo taluni operatori. Così era, secondo la Corte, per la legge italiana sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: si trattava di un intervento apparentemente a carattere generale, ma la cui ammissione alla procedura dipendeva poi da una valutazione discrezionale del Ministero dello Sviluppo economico¹³.

Secondo la Commissione, per valutare l'esistenza di una "selettività materiale" (o "di fatto") occorre svolgere un giudizio articolato in tre fasi: a) occorre individuare il sistema di riferimento; b) verificare se una misura costituisce una deroga a tale sistema; c) verificare se la deroga sia giustificata (come di consueto: interesse generale; proporzionate; non vadano al di là di quanto necessario).

Esemplificativa di tale *modus procedendi* della Commissione europea è il caso della riforma fiscale di Gibilterra, che in astratto appariva diretta a tutte le società, ma che in realtà era concepita eminentemente con lo scopo di aiutare le società *offshore*¹⁴.

Nella specie, la Corte di giustizia ha accertato che il sistema fiscale posto in essere a Gibilterra era stato concepito per favorire le società che non avevano dipendenti, né risultavano intestatarie di immobili. In altri termini, il criterio era essenzialmente diretto a favorire le società che svolgevano mere attività finanziarie o che, più semplicemente, erano titolari di patrimoni in beni mobili (denaro ovvero obbligazioni o altri titoli). In questo contesto, secondo la Corte: «la circostanza che le società «offshore» non siano tassate non è una conseguenza casuale del regime in causa, bensì il risultato ineluttabile del fatto che i criteri d'imposizione sono concepiti precisamente in modo che le società «offshore», le quali per loro natura *non hanno dipendenti né occupano immobili*

¹³ V. Corte di giustizia, 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione*, Raccolta, I-4551; Id., 1 dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, cit., punto 35; Id., 17 giugno 1999, causa C-295/97, Raccolta, I-3735, punti 39-40.

¹⁴ Sentenza della Corte, 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*, ECLI:EU:C:2011:732, punti 106-107.

commerciali, non dispongano delle basi imponibili prese in considerazione dai criteri previsti dalla proposta di riforma tributaria. Pertanto, la circostanza che le società «offshore», che con riferimento ai criteri d'imposizione previsti nella proposta di riforma tributaria costituiscono un gruppo di società, sfuggano all'imposizione, proprio grazie alle caratteristiche peculiari al gruppo, consente di considerare che tali società beneficino di vantaggi selettivi».

Pur alla luce di un carattere di selettività, l'aiuto potrebbe risultare tuttavia giustificato, laddove lo Stato sia in condizione di addurre deroghe giustificate da motivi di interesse pubblico. Una delle rare ipotesi nella quale i Giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che le deroghe fossero giustificate è il caso *Brauerei*, nel quale l'esenzione dall'imposta era stata introdotta al fine di evitare che le società fossero tassate due volte in relazione ad un'operazione unitaria. Nella specie, il sistema prevedeva una determinata tassazione, alquanto elevata, per il conferimento di un immobile nel patrimonio societario. Solo che in tal modo sarebbe potuto accadere che il conferimento del medesimo immobile venisse tassato due volte, laddove la società proprietaria dello stesso si fosse successivamente fusa per incorporazione con un'altra: in questo contesto, non aveva infatti senso prevedere una determinata aliquota di imposta per il conferimento di immobili, indipendentemente dalla forma con la quale questo avveniva, perché se la società avesse acquistato successivamente per incorporazione il patrimonio di un'altra società, si sarebbe trovata a pagare due volte l'imposta sul trasferimento del medesimo cespite¹⁵.

Sempre, per quanto riguarda le deroghe consentite, qualche cenno a parte è opportuno dedicare alle misure fiscali, quali, in via esemplificativa, i condoni fiscali. Per essere legittimi alla luce della disciplina degli aiuti di Stato, occorre che questi siano

¹⁵ Sentenza della corte, 19 dicembre 2018, *A-Brauerei*, punti 49-50: “Nella sua giurisprudenza, la Corte ha riconosciuto che obiettivi inerenti al sistema tributario generale in questione potevano giustificare un regime tributario a priori selettivo (v., in tal senso, sentenze del 29 aprile 2004, *GIL Insurance e a.*, C-308/01, EU:C:2004:252, punti da 74 a 76, e dell'8 settembre 2011, *Paint Graphos e a.*, da C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, punti da 64 a 76). Nel caso di specie, l'obiettivo connesso al funzionamento proprio del regime tributario generale in discussione nel procedimento principale, inteso ad evitare una doppia imposizione e, dunque, una tassazione eccessiva, può così giustificare il fatto che l'esenzione fiscale prevista dall'articolo 6a del GrESTG sia riservata alle operazioni di trasformazione effettuate tra società legate da un rapporto di partecipazione di almeno il 95% per un periodo minimo e ininterrotto di cinque anni precedenti all'operazione suddetta e di cinque anni successivi a quest'ultima”.

accessibili a tutte le imprese (cioè, non privilegino un gruppo predefinito) e che siano *temporalmente limitati*.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, non sembra conseguentemente incorrere nel divieto di aiuti la c.d. "*pace fiscale*", ed in particolare il meccanismo che consente, a determinate condizioni, la definizione delle liti tributarie pendenti, previsto dall'art. 6, d.l. 119/2018¹⁶: questo meccanismo, infatti, è aperto a tutti i contribuenti ed è temporalmente limitato. Inoltre seppure apparentemente selettivo individua i beneficiari, sulla base di parametri generali ed astratti.

Qualche problema maggiore si pone, al contrario, con i c.d. accordi *ad personam* (i c.d. *Ruling*, tra i quali, il più noto è verosimilmente quello concesso dal Lussemburgo ad *Amazon*). Perché tali accordi siano compatibili con il divieto di aiuti di Stato, occorre che le riduzioni della base imponibile siano comparabili ai trasferimenti infragrupo in

¹⁶ Riportiamo, per comodità di lettura, il testo della disposizione richiamata nel testo: «1. Le controversie attribuite alla giurisdizione tributaria in cui e' parte l'Agenzia delle entrate, aventi ad oggetto atti impositivi, pendenti in ogni stato e grado del giudizio, compreso quello in Cassazione e anche a seguito di rinvio, possono essere definite, a domanda del soggetto che ha proposto l'atto introduttivo del giudizio o di chi vi e' subentrato o ne ha la legittimazione, con il pagamento di un importo pari al valore della controversia. Il valore della controversia e' stabilito ai sensi del comma 2 dell'articolo 12 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546. ((1-bis. In caso di ricorso pendente iscritto nel primo grado, la controversia puo' essere definita con il pagamento del 90 per cento del valore della controversia.)) 2. In deroga a quanto previsto dal comma 1, in caso di soccombenza dell'Agenzia delle entrate nell'ultima o unica pronuncia giurisdizionale non cautelare depositata alla data di entrata in vigore del presente decreto, le controversie possono essere definite con il pagamento: a) ((del 40 per cento)) del valore della controversia in caso di soccombenza nella pronuncia di primo grado;) ((del 15 per cento)) del valore della controversia in caso di soccombenza nella pronuncia di secondo grado. ((2-bis. In caso di accoglimento parziale del ricorso o comunque di soccombenza ripartita tra il contribuente e l'Agenzia delle entrate, l'importo del tributo al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni e' dovuto per intero relativamente alla parte di atto confermata dalla pronuncia giurisdizionale e in misura ridotta, secondo le disposizioni di cui al comma 2, per la parte di atto annullata. 2-ter. Le controversie tributarie pendenti innanzi alla Corte di cassazione, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, per le quali l'Agenzia delle entrate risulti soccombente in tutti i precedenti gradi di giudizio, possono essere definite con il pagamento di un importo pari al 5 per cento del valore della controversia.)) 3. Le controversie relative esclusivamente alle sanzioni non collegate al tributo possono essere definite con il pagamento del quindici per cento del valore della controversia in caso di soccombenza dell'Agenzia delle entrate nell'ultima o unica pronuncia giurisdizionale non cautelare, sul merito o sull'ammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio, depositata alla data di entrata in vigore del presente decreto, e con il pagamento del quaranta per cento negli altri casi. In caso di controversia relativa esclusivamente alle sanzioni collegate ai tributi cui si riferiscono, per la definizione non è dovuto alcun importo relativo alle sanzioni qualora il rapporto relativo ai tributi sia stato definito anche con modalità diverse dalla presente definizione. 4. Il presente articolo si applica alle controversie in cui il ricorso in primo grado e' stato notificato alla controparte entro la data di entrata in vigore del presente decreto e per le quali alla data della presentazione della domanda di cui al comma 1 il processo non si sia concluso con pronuncia definitiva. Il decreto è stato convertito in legge con modifiche dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136 (in G.U. 18/12/2018, n. 293.

un mercato concorrenziale ovvero che l'operazione di suddivisione del reddito avvenga dietro corresponsione di una certa somma¹⁷.

Un criterio analogo viene poi utilizzato per le c.d. *transazioni fiscali*: occorre che il trattamento non sia più favorevole di quello praticato, in situazioni analoghe, ad altre imprese¹⁸.

4. Il pregiudizio alla concorrenza e al commercio tra gli scambi tra gli Stati membri.

Solo due cenni per quanto riguarda gli altri due elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato, consistenti, rispettivamente, nel pregiudizio agli scambi e alla concorrenza. Di norma tali requisiti sono stati interpretati con notevole flessibilità. L'impressione che si ricava da un'osservazione della prassi amministrativa e giudiziaria è che essi non siano effettivamente limitativi della nozione di aiuti di Stato¹⁹.

Per quanto concerne la concorrenza, è sufficiente che l'aiuto consenta all'impresa di mantenere una posizione più forte di quella che, in assenza di aiuto, la stessa avrebbe sul mercato. Non occorre neppure che l'incidenza sulla concorrenza sia sensibile²⁰.

L'aiuto poi è tale anche se il destinatario non partecipa direttamente agli scambi "intracomunitari": perché ciò rende più difficile per gli altri operatori entrare in quel mercato²¹.

D'altro canto, è sufficiente che l'aiuto incida anche solo potenzialmente ed in misura minima sugli scambi tra paesi membri. Esemplificativa di questa situazione è la recente decisione della Corte di giustizia nel caso *AB «Achema»*. Nel caso di specie, si trattava di aiuti diretti a favorire l'impiego di energia da fonti rinnovabili. La Lituania aveva infatti istituito un complesso meccanismo attraverso il quale i consumatori finali e i distributori di energia elettrica pagavano, a fronte dell'acquisto di determinate quantità

¹⁷ Sentenza della Corte, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio c. Commissione*, ECLI: EU: C: 2006: 416.

¹⁸ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato*, cit., punto 176, lett. a).

¹⁹ In questo senso ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2018.

²⁰ V. *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato*, cit., punto 189.

²¹ V. Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, cit., punti 77-78; Id., 14 gennaio 2015, causa C-518/13, *Eventech*, cit., punto 67.

di energia elettrica, una sorta di sovrapprezzo; tale sovrapprezzo veniva versato ad un organismo posto sotto controllo pubblico e da questo ripartito tra i produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili per compensare costoro dei costi ulteriori ai quali essi erano soggetti. Secondo la Corte si trattava di un aiuto di Stato diretto a favorire talune imprese (appunto i produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili) ed esso era tale da incidere sul commercio tra gli Stati membri. Nella specie, «emerge dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio e dalle osservazioni presentate dalla Baltpool, nel corso dell'udienza, che, nel 2014, esistevano già scambi tra la Repubblica di Lituania e altri Stati membri sul mercato dell'energia elettrica, a causa di connessioni con le reti elettriche della Repubblica d'Estonia e della Repubblica di Lettonia, utilizzati per l'importazione di energia elettrica. Tali indicazioni, non contestate dal governo lituano, relativizzano l'argomento di quest'ultimo, inerente al fatto che il mercato dell'energia elettrica in tale paese era relativamente isolato».

L'osservazione di questa recente decisione finisce invero per confermare l'assunto iniziale. La Commissione non svolge alcuna valutazione di carattere economico, ma si sofferma solo su aspetti formali della misura statale. Altrimenti dovrebbe necessariamente pervenire alla conclusione che il mercato dell'energia elettrica e quello dell'energia elettrica da fonti rinnovabili costituiscono indubbiamente due mercati diversi. Proprio il fatto di ricomprendere tali due settori nell'ambito di un mercato unitario induce a ritenere che la nozione di aiuti di Stato si fondi tuttora, pur dopo il processo di modernizzazione, su valutazioni formali e che essa prescindere da un'effettiva valutazione di natura economica²².

In conclusione: un'interpretazione così astratta degli ultimi due elementi costitutivi della nozione di aiuti di Stato rischia invero di rendere la disciplina di questo settore del Trattato del tutto slegata ed autonoma rispetto all'interpretazione che, al contrario, ha caratterizzato l'evoluzione della concorrenza. A differenza di quest'ultima, infatti, la disciplina degli aiuti di Stato sembra prescindere da qualunque analisi economica della situazione.

Viene in realtà da chiedersi se questo sia effettivamente compatibile ed in linea con il processo di modernizzazione che ne ha caratterizzato la recente evoluzione. E se, in definitiva, questa lettura della nozione di aiuti di Stato corrisponda realmente a quella

²² Corte di giustizia, 15 maggio 2019, causa C-706/17, AB «*Achema*», punto 91.

volontà di bilanciamento tra esigenze nazionali e operatività del mercato che dovrebbe caratterizzare il funzionamento di questo settore del Trattato.