



CENTRALITÀ DELLA NOZIONE DI AIUTO DI STATO E SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

Edoardo Gambaro

NOZIONE DI “AIUTO”

Per essere ricompresa nella **nozione di “aiuto”** ai sensi dell’art. 107(1) TFUE, una determinata misura nazionale deve:

- essere **imputabile**, in via diretta o anche indiretta, allo Stato membro e essere effettuata mediante **risorse statali**;
- comportare un **vantaggio “gratuito”** per l’impresa beneficiaria;
- favorire soltanto determinate imprese o produzioni (c.d. **selettività dell’aiuto**);
- **incidere sugli scambi tra Stati membri e creare effetti distorsivi alla concorrenza intracomunitaria.**

RISORSE STATALI E IMPUTABILITÀ

- **Risorse statali e imputabilità** sono due **condizioni separate**.
- Definitiva consacrazione dell'interpretazione **in senso cumulativo** ► nota sentenza *Stardust Marine* (C-482/99) del 2002, § 24, confermata da giurisprudenza successiva.

RISORSE STATALI

- Aiuti concessi **direttamente** dallo Stato (fondi pubblici)
- **Aiuti concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti al fine di gestire l'aiuto**
- **Tutti gli strumenti pecuniari** che le autorità pubbliche possono **“realmente” usare per sostenere le imprese**
- **criterio guida: somme costantemente sotto controllo pubblico e a disposizione delle autorità nazionali**

RISORSE STATALI (SEGUE)

- Secondo indirizzo giurisprudenziale ► leggi nazionali contenenti **obblighi di acquisto di energia e vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato**;
- ***Leading case: Preussen Elektra*** ► interpretazione restrittiva della nozione di aiuto

RISORSE STATALI (SEGUE)

Poi l'approccio cambia ... ► sussistenza delle “risorse statali”.

Principali esempi:

- *Essent Network*, C-206/06, §§ 45 e 66;
- *Association Vent de Colère!* C-262/12;
- *Austria c. Commissione*, T-251/11.

Organismi istituiti *ad hoc* e incaricati dallo Stato di gestire le misure di aiuto...

RISORSE STATALI (SEGUE)

- In alcune recenti decisioni, le Corti UE **hanno annullato** decisioni della COM o sentenze del Tribunale sul punto delle **risorse statali**;
- **Trend invertito?** ► **controllo rigoroso** da parte delle Corti dell'UE, forse per contrastare il rischio di interpretazioni estensive della nozione di aiuto ► **rischio di sovra-inclusione**: AG Saugmandsgaard Øe in *ENEA* §§ 68-69 e Tribunale UE in *Tercas*, T-98/16, T-196/16 e T-198/16, §§ 65-66.

RISORSE STATALI (SEGUE)

- Causa C-329/15, *ENEA*(rinvio pregiudiziale): impresa pubblica si rifiuta di adempiere a un obbligo di acquisto previsto *ex lege*;
- analogie con *Preussen Elektra* ► l'obbligo di acquisto imposto alle società è finanziato mediante **risorse proprie**
- **la Corte dissente:** (a) il fatto che siano imprese pubbliche non è elemento dirimente; (b) **no** evidenza di **istruzioni provenienti dalle autorità** pubbliche; (c) al contrario, il rifiuto era una **decisione commerciale presa in piena autonomia**;
- ≠ dai casi *Essent Netwerk* e *Vent de Colère*.

RISORSE STATALI (SEGUE)

- Idem ► Sentenza del 28 marzo 2019, causa C-405/16 P, ***Germania c. Commissione (EEG)***, § 59
 - annullata decisione che qualifica come aiuto una legge tedesca che garantiva ai produttori di energia da fonti rinnovabili prezzi superiori al prezzo di mercato, mediante un sovrapprezzo che, **in pratica**, era trasferito sui clienti finali.
- I fondi generati da tale soprattassa **non** costituiscono **risorse statali**, in quanto lo Stato non disponeva del **potere di disporre di tali risorse**.

RISORSE STATALI (SEGUE)

Principali spunti ricavabili dalla recente giurisprudenza UE:

- casi in cui lo Stato abbia istituito un **organismo *ad hoc* per la gestione di determinate risorse** ≠ casi di obblighi di acquisto mediante **risorse finanziarie proprie**;
- il fatto che il destinatario dell'obbligo sia un'**impresa pubblica non appare decisivo**;
- **i costi finali sono assorbiti dai consumatori?** (meno chiarezza da parte delle Corti UE: condizione davvero dirimente?).

RISORSE STATALI (SEGUE)

- Criterio principale (già in § 38 *Stardust Marine*) ► risorse «**costantemente sotto controllo pubblico e a disposizione delle autorità nazionali**»?
 - **criterio flessibile, da valutare *in concreto***;
- Recente applicazione di tale principio: cause C-649/15 P, C-656/P e C-657/15 P, le c.d. **Sentenze TV2** ► **risorse di origine privata sotto il controllo di imprese pubbliche**;
- La capacità **in astratto** dello Stato di “orientare” o di “influire” su un determinato utilizzo delle risorse **non è di per sé sufficiente**
 - valutazione in concreto: (a) tutto il percorso era disciplinato dalla legge danese; (b) incarico specifico dallo Stato; (c) lo Stato poteva decidere la destinazione o gli scopi degli introiti.

RISORSE STATALI (SEGUE)

- **Quando la COM può concludere nel senso dell'esistenza di risorse statali?**
 - ▶ se l'**ingerenza/controllo capillare dello Stato** emerge da una serie di **indizi** precisi e concordanti
 - ▶ altrimenti a rigore si dovrebbe concludere, soprattutto nelle aree grigie, nel senso dell'assenza di risorse statali
- **Valutazione in concreto**
- **Certezza del diritto?**

IMPUTABILITÀ

- L'imputabilità di solito o è **scontata** (ad esempio, una misura di legge) o è **indiziaria**
 - ▶ in questo ultimo caso la questione può diventare **problematica**;
- *Leading case Stardust Marine*, precedente che **riguarda le imprese pubbliche** - ma v. anche C-472/15P, *SACE*
 - ▶ l'imputabilità allo Stato di un provvedimento adottato da un'impresa pubblica può essere dedotta da un **insieme di indizi** risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto;
- **Elemento fondamentale**: “*verificare se le autorità pubbliche debbano ritenersi aver avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure*” (§ 52, *Stardust Marine*).

IMPUTABILITÀ (SEGUE)

Quale “ruolo”?

- Non si può pretendere che venga dimostrato che le autorità pubbliche **hanno concretamente incitato** l'impresa pubblica ad adottare aiuti (§ 53, *Stardust Marine*);
- **Indizi** rilevanti:
 - (i) elementi di natura organica;
 - (ii) l'integrazione dell'impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica;
 - (iii) lo *status giuridico* dell'impresa
- anche «**improbabilità di una mancanza di coinvolgimento** dello Stato» (perifrasi non felice)

IMPUTABILITÀ (SEGUE)

- **E gli enti privati? Quando una misura può essere imputata allo Stato benché essa sia posta in essere da ente privato?**
- No legami proprietari con lo Stato: possiamo dedurre - in maniera quasi sillogistica - che la prova dell'*imputabilità* **non** può essere **sufficientemente assoluta** sulla base degli **stessi indizi** come nel caso in cui l'ente erogatore abbia natura pubblica?
 - ▶ d'altronde, le imprese pubbliche non possono essere paragonate a quelle private, *Stardust Marine* (§ 39);
- Quali indizi rilevanti per enti privati/consorzi non controllati dallo Stato e privi di legami organici e personali con autorità pubbliche?
- **Stesso standard probatorio?** Il **caso Tercas** (caso C-425/19 P) è pendente su questi temi.

IMPUTABILITÀ (SEGUE)

- **Rischi di un'applicazione meccanica/decontestualizzata di *Stardust Marine* (e dell'inciso "improbabilità di un mancato coinvolgimento dello Stato")**
 - ▶ spazio a **eccessiva discrezionalità della Commissione**, che potrebbe fondare le sue decisioni su elementi fragili? cfr., AG Saugmandsgaard Øe in *ENEA* §80 e Tribunale UE in *Tercas*;
- Un *set* di elementi fragili non equivale a un (solo) indizio solido
 - ▶ in linea di principio, la Commissione dovrebbe concludere nel senso della **non imputabilità** allo Stato di una misura posta in essere da un organismo **privato**.

VANTAGGIO GRATUITO

1. Aiuti alle banche e interventi consecutivi

- Applicazione del criterio dell'operatore privato con riguardo ad **interventi consecutivi** posti in essere dallo Stato a favore di una medesima banca;
- declinato dalle Corti UE in «*criterio dell'investitore in un'economia di mercato*» (**MEIP**) o, con riguardo ai casi di rinegoziazione del debito da parte di creditori pubblici, in «*criterio del creditore privato*».

VANTAGGIO GRATUITO (SEGUE)

- Il fatto di avere beneficiato **in passato** di un aiuto **esclude l'applicazione** del MEIP rispetto a misure successive a favore dei **medesimi beneficiari**?
- **A. Leading case: *BP Chemical*, T-11/95**
 - ▶ **tre misure successive** a favore di EniChem poste in essere da ENI, all'epoca controllata al 100% dallo Stato;
 - «**il terzo intervento era autonomo o “ragionevolmente dissociato” dai precedenti?**»
 - ▶ a ben vedere, **caso concernente l'applicabilità o meno del MEIP test** (non la sua applicazione in concreto).
- **B. Case *ING Groep* (C-224/12 P):**
- «**non è possibile** per la Commissione **sottrarsi all'obbligo** di esaminare la razionalità economica della nuova misura alla luce del MEIP, adducendo come **unico motivo** che l'apporto di capitale, oggetto del rimborso, costituiva **già un aiuto di Stato**».

VANTAGGIO GRATUITO (SEGUE)

- Quali sono i **rischi** e **benefici** da tenere in considerazione in via comparativa nel valutare la **razionalità economica** di un'operazione?
- **Non certo quelli che derivano allo Stato in quanto agente secondo prerogative pubblicistiche!**
 - ▶ vanno presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di operatore privato
 - ▶ v. sentenze *EDF*, C-124/10 P, § 79 e *Land Burgenland*, C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P, § 52;

VANTAGGIO GRATUITO (SEGUE)

- Sentenza ECJ(Grande Sezione), C-579/16 P, *Commissione c. FIH*
- ► **i rischi derivanti dalla concessione di un precedente aiuto di Stato** devono essere presi in considerazione **al momento dell'analisi della razionalità economica?**
- tali rischi sono **connessi alla sua qualità di potere pubblico** e, quindi, **non** rientrano tra gli elementi che un operatore privato avrebbe preso in considerazione nei suoi calcoli economici;
- ma allora: **il tema della precedente erogazione di aiuto**, che di per sé non precluderebbe la valutazione in concreto del MEIP, **esce dalla porta per rientrare dalla finestra** (nella fase dell'applicazione in concreto)
 - a meno che non vi sia netta **cesura** tra due misure di aiuto consecutive erogate nei confronti dello stesso beneficiario - **spesso non è così**
 - è verosimile che la prima misura finisca per incidere negativamente sull'applicazione del MEIP alla seconda.

VANTAGGIO GRATUITO (SEGUE)

2. Aiuti fiscali alle squadre di calcio spagnole ► annullamento della decisione della Commissione UE - cause T-679/16, *Athletic Club Bilbao*, T-865/16, *Fútbol Club Barcelona* e T-791/16, *Real Madrid*;
- *A partire dal 1990, tutti i club sportivi professionistici spagnoli obbligati a mutare veste giuridica in **società sportive per azioni***
 - **eccezione**: le società con un risultato positivo negli anni precedenti avrebbero potuto continuare ad operare sotto forma di **enti senza scopo di lucro**
 - quattro club calcistici hanno esercitato tale opzione
 - grazie al mantenimento di tale status i club sopra menzionati hanno potuto beneficiare di un'**imposta sui redditi inferiore**, fino al 2016, a **quella applicata alle società sportive per azioni**;
 - *Nel 2016: decisione negativa della Commissione con recupero*

VANTAGGIO GRATUITO (SEGUE)

- Il Tribunale UE ha annullato la decisione ritenendo che la Commissione non avesse assolto all'**onere** di dimostrare che il regime fiscale costituisca un **vantaggio** per le squadre beneficiarie;
- in sostanza, alla Commissione viene contestato di essersi limitata a **confrontare le aliquote** e di **non** avere preso in considerazione il **regime fiscale degli enti senza scopo di lucro nel suo complesso**.
 - in particolare, il caso della deduzione fiscale per il reinvestimento dei proventi straordinari (alias, nuovi giocatori), “*molto più penalizzante*” per gli enti senza scopo di lucro.

VANTAGGIO GRATUITO (SEGUE)

Elementi di interesse:

- di regola, le controversie in materia di aiuti fiscali si concentravano sulla natura **selettiva** o meno di una data normativa
 - ▶ il tema del **vantaggio** è sovente considerato alla stregua di (naturale) conseguenza della selettività
 - ▶ il Tribunale si sofferma **esclusivamente** sul requisito del **vantaggio**, imponendo alla Commissione un **esame complessivo del regime** e un **analisi comparativa** (vantaggi vs. svantaggi), il che *pro futuro* si annuncia **non agevole**;
- Commissione: «il concreto utilizzo delle deduzioni da proventi straordinari avrebbe dovuto essere esaminato **nella fase successiva di recupero**»
 - ▶ argomentazione respinta dal Tribunale: la decisione - pur riguardando un **regime di aiuti** - aveva in realtà natura **ibrida**, perché identificava già i quattro club e andava interpretata come relativa sia a un regime sia ad aiuti individuali

SELETTIVITÀ

Nozione fluida, soprattutto in campo fiscale.

Secondo l'approccio tradizionale, **percorso logico-giuridico a tre tappe:**

- **step 1**, identificare il **regime fiscale di riferimento**, vale a dire il regime fiscale ordinario applicabile nello Stato interessato;
- **step 2**, identificare se la misura costituisca una **deroga o eccezione al regime generale e quale sia il vantaggio concesso soltanto a determinati operatori**;
- **step 3**, verificare l'esistenza o meno di **una valida giustificazione** ► se l'apparente deroga discenda direttamente dai principi informatori del sistema tributario o sia il risultato di meccanismi inerenti a tale sistema e necessari per il suo funzionamento.

SELETTIVITÀ (SEGUE)

- Nuova definizione di “*behavioural selectivity*”?
 - ▶ la selettività non viene meno per il fatto che determinate misure siano **a disposizione di tutti** né per il fatto che le imprese beneficiarie appartengano a **settori di attività diversi**: non più necessità di individuare i beneficiari *ex ante*?

v., ad esempio, investitori che hanno partecipato ad operazioni diverse nell’ambito del regime spagnolo di *tax lease*: *World Duty Free*, §§ 70-71 and 80-81; *Spanish Tax Lease*, C-128/16 P, §§69-71;
- **Reale novità?** Già ampio spazio alla selettività *de facto*...
- **Eccessiva estensione** dell’ambito della selettività? ▶ L’attenzione si sposta sul requisito del «vantaggio»? ▶ **Rovesciamento** della relazione selettività-vantaggio?

SELETTIVITÀ (SEGUE)

- **Regime fiscale di riferimento:** esercizio non meccanico e scolastico, in termini di deroga formale a un regime tributario generale di riferimento - la tecnica regolamentare utilizzata non è un elemento decisivo
 - Lo *step 1* non è il centro gravitazionale dell'analisi (*Dirk Andres*, causa C-203/16 P, § 92);
 - Decisivo è l'esercizio di “**confronto**” di cui allo *step 2*, anche se non sempre è chiarissimo quale sia il *benchmark*, l'oggetto di tale “comparazione”: in alcuni casi il regime giuridico (*Paint Graphos*, § 54; *World Duty Free*, §§ 54, 57, 60); in altri casi la specifica imposta (*ANG*, C-234/16 e C-235/16, § 52, *British Aggregates*). V. di recente *UNESA et al.*, da C-105/18 a C-113/18;
 - **giustificazioni** (*step 3*) ► soltanto giustificazioni intrinseche al sistema e non elementi esogeni

SELETTIVITÀ (SEGUE)

Tre recenti sentenze in materia di *tax ruling*:

- *Belgio c. Commissione (Excessive Profits)* (T-131 and 263/16): decisione **annullata**;
- *Paesi Bassi c. Commissione (Starbucks)* (T-760/15 and T-636/16): decisione **annullata** (non provato il requisito del vantaggio);
- *Lussemburgo c. Commissione (Fiat)* (T-755 and T-759/15): decisione **confermata**;

SELETTIVITÀ (SEGUE)

- Il Tribunale **evita di prendere posizione relativamente alla complessa questione della selettività nei casi di *tax ruling***:
 - in *Starbucks*, non valutata la selettività perché il vantaggio non è accertato ► il caso si concentra sul requisito del vantaggio;
 - in *Fiat*, il Tribunale affronta rapidamente il tema della selettività ► vi può essere una “**presunzione di selettività**” quando (i) vi è un “aiuto individuale” (non un regime) e (ii) la Commissione abbia precedentemente dimostrato l’esistenza di un “vantaggio”.

CONCLUSIONI

- **Nozione di aiuto più che mai centrale:** casi recenti di **annullamento** (17/41) da parte delle Corti UE tra il novembre 2018 ed il maggio 2019: il “**vantaggio**” (almeno 6 casi) è il criterio maggiormente al centro dell’attenzione;
- maggiore **equilibrio** tra rischi di sotto-inclusione e sovra-inclusione, ma no mutamento dello *standard* probatorio o inversione: è pur sempre alla COM che incombe l’onere della prova;
- maggiore ricorso alle **valutazioni dei fatti e delle prove in concreto**: «influenza dominante-imputabilità», «controllo-risorse statali», «analisi comparativa-vantaggio»;
- impatto sulla certezza del diritto?
- ruolo di giuristi/economisti.