

Aiuti di Stato all'interno di uno stesso gruppo societario. Profili sostanziali e processuali

di Ginevra Greco

SOMMARIO: 1. La sentenza in commento. – 2. Aiuto fornito da un'impresa pubblica: le risorse pubbliche. – 3. Segue: l'imputabilità allo Stato. – 4. Il soggetto beneficiario delle risorse pubbliche: aiuti di Stato ad una società *in house*?. – 5. Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato ed il problema dell'onere della prova. – 6. Segue: l'ampiezza del sindacato del Giudice dell'Unione. – 7. Il giudizio di legittimità e la giurisprudenza della Corte EDU. – 8. Brevi considerazioni finali.

1. *La sentenza in commento*

Con la sentenza (10 dicembre 2020, in causa C-160/19 P, *Comune di Milano*) la Corte di giustizia (sez. II) si è pronunciata su un particolare caso di aiuto di Stato. Si trattava, infatti, di una serie di operazioni di aumento di capitale, compiute da una società a (pressoché) totale partecipazione pubblica -società A- a favore di una società dalla stessa interamente controllata -società B-.

La società A (il cui capitale era all'epoca ripartito per oltre il 99% tra il Comune di Milano e la Provincia di Milano) aveva fornito direttamente i servizi di assistenza di terra negli aeroporti di Milano Linate e di Milano Malpensa, finché -nel 2002- ha operato, in applicazione della Direttiva 96/67/CE, la separazione contabile e giuridica¹ tra le attività di assistenza di terra e le altre attività da essa esplicate. A tal fine ha costituito la società B, avente lo scopo, appunto, di fornire detti servizi di assistenza di terra².

Il 26 marzo 2002 il Comune di Milano, la società A e varie organizzazioni

¹ L'art. 4 della direttiva 96/67/CE per la verità dispone che “*l'ente di gestione di un aeroporto, l'autente o il prestatore di servizi che forniscono servizi di assistenza a terra devono operare una netta separazione a livello contabile, secondo le vigenti prassi commerciali, tra le attività legate alla fornitura di tali servizi e le altre loro attività. L'effettiva separazione contabile deve essere controllata da un verificatore indipendente designato dallo Stato membro. Egli verifica anche l'assenza di flussi finanziari tra l'attività dell'ente di gestione in quanto autorità aeroportuale e la sua attività di assistenza a terra*”.

Dunque l'obbligo imposto riguardava solo la separazione contabile e non anche quella giuridica (anche se quest'ultima era parimenti suggerita dalla Commissione: cfr. decisione della Commissione 2015/1225 del 19 dicembre 2012, nota 8).

² Tali servizi sono individuati dall'Allegato alla Direttiva 96/67/CE. Essi comprendono, tra gli altri, l'assistenza amministrativa, l'assistenza passeggeri (controllo biglietti, documenti di viaggio, trasporto bagagli, ecc.), l'assistenza merci, l'assistenza operazioni in pista (guida dell'aereo all'arrivo e alla partenza, l'assistenza al parcheggio dell'aereo, il caricamento e lo scaricamento degli aerei, compreso il trasporto di equipaggio e di passeggeri, ecc.), l'assistenza pulizia e servizi di scalo, l'assistenza carburante e olio, ecc.

sindacali concludevano un accordo in base al quale “*il Comune di Milano confer-
mava, inter alia, che A avrebbe mantenuto, per ameno altri cinque anni, la partecipazione
di maggioranza in B e che A avrebbe assicurato l’equilibrio costi-ricavi della sua controllata
«preservando le sue capacità di gestione e migliorando sensibilmente le sue possibilità di operare
sui mercati nazionali e internazionali»*”³. In tale contesto la Commissione ha consta-
tato (con decisione 2015/1225 del 19 dicembre 2012) che gli aumenti di capitale
della società B), effettuati nel periodo 2002-2010 dalla società A) per coprire le
perdite di esercizio della società controllata, fossero aiuti di Stato, incompatibili
con il mercato interno e che pertanto dovessero essere recuperati.

La vicenda dunque si innesta nel più ampio tema dei rapporti tra ammini-
strazioni pubbliche e società partecipate. Nell’ambito dei quali, come è noto, le
prime possono ben esercitare tutti i diritti dei soci, operando aumenti di capitale,
ripiano delle perdite, cessione delle quote, ecc., ma solo alle condizioni in cui
opererebbe un (accorto) operatore privato.

Il Comune di Milano ha impugnato detta decisione della Commissione, pro-
spettando censure varie, basate essenzialmente sulla contestazione che vi fosse
stato un trasferimento di risorse “statali” imputabili al Comune e sulla violazione
del criterio dell’investitore privato. E in realtà, al di là delle censure proposte, la
fattispecie presentava aspetti particolari, dato che il contestato aiuto dello Stato
è risultato racchiuso all’interno dello stesso gruppo societario, senza alcun inve-
stimento aggiuntivo da parte di enti pubblici.

Respinto il ricorso con sentenza del Tribunale (sez. III), 13 dicembre 2018,
in causa T-167/13, la materia del contendere si è ulteriormente arricchita innanzi
alla Corte di giustizia. Infatti, oltre agli stessi temi sopra accennati, la Corte è
stata chiamata a pronunciarsi su temi più tipicamente processuali (riparto dell’o-
nere della prova, ambito del sindacato che il Giudice dell’Unione può esercitare
sulle valutazioni tecniche complesse, ecc.), collegati soprattutto all’applicazione
del criterio dell’investitore privato.

La sentenza della Corte e l’intera vicenda di cui ha costituito l’epilogo pre-
sentano numerosi profili di particolare interesse per l’interprete.

La peculiarità della fattispecie, come si è accennato, scaturisce dalla circo-
stanza che essa non ha riguardato un nuovo esborso o altro aiuto da parte del
Comune di Milano nel rapporto con la società A. Né vi è stato esborso della
società A verso soggetti esterni al gruppo societario, dato che l’intera vicenda è
risultata confinata “infragrappo”.

La sentenza, peraltro, si è occupata anche di altri importanti istituti sostan-
ziali e processuali, che hanno una valenza trasversale in più settori del diritto
dell’Unione: sicché le soluzioni accolte possono consentire riflessioni più gene-
rali.

³ Così parte della narrativa contenuta nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane
Kokott, presentate il 16 luglio 2020, punto 6.

Il tutto sulla base di una precisa (e costantemente ribadita) perimetrazione dell'istituto degli aiuti di Stato⁴. Infatti, “*La qualificazione di una misura come «aiuto di Stato», ai sensi dell'art.107, par. 1, TFUE, esige che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni. In primo luogo, deve trattarsi di intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo a incidere sugli scambi degli Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza*” (sentenza, punto 27⁵).

2. *Aiuto fornito da un'impresa pubblica: le risorse pubbliche*

Nel caso di specie le “condizioni” che presentavano carattere problematico erano anzitutto riconducibili al primo dei riferiti requisiti, in quanto riguardavano l'utilizzazione di risorse “statali” e l'imputabilità dell'operazione allo “Stato”. È una problematica afferente dunque al soggetto erogatore dell'aiuto e che si inquadra, peraltro, in un contesto affatto particolare, quale è quello degli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree, oggetto di specifica Comunicazione

⁴ Cfr., *ex multis*, A. ALMENDROS MANZANO, *Art. 107 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea Operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, a cura di C. CURTI GIALDINO, Napoli, 2012; F. BESTAGNO, *Gli aiuti di Stato in tempi di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e piano europeo di ripresa*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI, Napoli, 2011; A. BIONDI, *The notice on the Notion of State Aid: every light has its shadow*, in *The modernisation of State Aid for economic and social development*, a cura di B. NASCIMBENE, A. DE PASQUALE, Berlino, 2018; C. CELLERINO, F. MUNARI, *Commento all'art. 107 TFUE*, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2021; P. DE CATERINI (a cura di), *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari, 2008; D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche*, Milano, 2010; F. Ferraro, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*, in *Post AISDUE*, I, 2019; ID, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *DUE*, 2010; T. FOUQUET, *Les critères spécifiques d'identification des aides d'Etat aux entreprises en difficulté*, in *Rev. Marché com. un. eu.*, 2002; F. MUNARI, A. BLASI, *Art. 87*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2004; P. NEBBIA, *Il concetto di aiuto di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, 2013; J.J. PIERNAS LÓPEZ, *The concept of State aid under EU law*, Oxford, 2016; M. ROSS, *State Aids and national courts: definition and other problems – a case of premature emancipation?*, in *Com. Market Law rev.*, 2000; C. SCHEPISI, *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011; J.A. WINTER, *Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the Ec Treaty*, in *Com. Market Law Rev.*, 2004.

⁵ Che richiama Corte giust., 19 dicembre 2019, causa C-385/18, *Arriva Italia*, EU:C:2019:1121, punto 31 e giurisprudenza ivi citata. Cfr., in particolare, Corte giust., 22 dicembre 2008, causa C-487/06, *British Aggregates/Commissione*, EU:C:2008:757, punto 111.

Sulla nozione di aiuto di Stato e sul carattere “oggettivo” del relativo concetto, cfr. “*Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*” (2016/C 262/01), punto 3.

da parte della Commissione⁶: infatti, è noto che gli aeroporti dell'Unione registrano ancora una prevalente proprietà e gestione pubblica.

Al riguardo la Commissione e il Giudice dell'Unione sono partiti da una premessa che risulta ineccepibile: *“il diritto dell'Unione non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di eludere le regole in materia di aiuti di Stato”*⁷. Dunque, perché *“determinati vantaggi possano essere qualificati come aiuti [...], essi devono [...] da un lato essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato”*⁸.

Ma quando si può parlare di risorse pubbliche in un soggetto diverso da un ente pubblico?⁹

Il Tribunale richiama in proposito l'istituto dell'impresa pubblica e la relativa definizione (basata sull'influenza dominante di un soggetto pubblico), fornita dalla Direttiva 2006/111/CE, art. 2, lett. b), in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie (ma analogo istituto e analogo nozione si rinviene da tempo, come è noto, anche in tema di appalti pubblici, settori speciali¹⁰). E sottolinea in particolare che nella specie le quote sociali della Società A *“erano quasi interamente detenute dalle autorità pubbliche”*, per concludere che le misure di sostegno finanziario concesse dalla società A alla società B *“erano costantemente controllate da dette autorità ed erano pertanto a loro disposizione”*¹¹.

Anche la Corte desume la disponibilità delle risorse pubbliche facendo perno sull'influenza dominante, tipica delle imprese pubbliche. E giunge alla conclusione che *“il fatto che le risorse in questione siano gestite da enti distinti dall'autorità pubblica o che siano di origine privata è inconferente”*¹².

⁶ Comunicazione della Commissione 2014/C 99/03 dal titolo *“Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree”*.

⁷ Sentenza del Tribunale, punto 61, che richiama in proposito Corte giust. 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia/Commissione* (Stardust), ECLI:EU:C:2002:294, punto 32.

Del resto già la normativa sulla *“Trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche”* pone l'accento non solo sulla *“assegnazione di risorse pubbliche operate dai poteri pubblici direttamente alle imprese pubbliche interessate”*, ma anche sulle *“assegnazioni di risorse pubbliche effettuate da parte dei poteri pubblici tramite imprese pubbliche o enti finanziari”*. Cfr. art. 1, lett. a e b della Direttiva 25 giugno 1980, n.80/723/CEE e art. 1, lett. a e b Direttiva 16 novembre 2006, n. 2006/111/CE:

⁸ Sentenza della Corte, punto 28, che richiama Corte giust. 18 maggio 2017, causa C-150/16, *Fondul Proprietatea*, ECLI:EU:C:2017:388, punto 14 e giurisprudenza ivi citata. Cfr. anche Tribunale, 12 novembre 1996, in causa T-358/94, *Air France/Commissione*, ECLI:EU:T:1996:194, punto 62.

⁹ Sul tema si segnala M. LIPARI, *La nozione di aiuto di Stato indiretto, attribuito da un soggetto privato, e il requisito dell'imputazione pubblica della misura incentivante*, in *Eurojus*, 2019, fasc. 3.

¹⁰ Cfr. art. 4, par. 2, della Direttiva 2014/25/UE.

¹¹ Sentenza Trib., punto 66.

¹² Sentenza, punto 34, che richiama in proposito Corte giust., 9 novembre 2017, causa C-656/15P, *Commissione/TV2/Danmark*, ECLI:EU:C:2017:836, punti 47 e 48.

Sicchè, par di capire, che si può parlare di risorse pubbliche anche in un assetto societario in cui il rapporto tra gli apporti pubblici e privati sia solo del 51%, contro il 49%. Il che lascia molto perplessi.

Quest'ultima affermazione, applicata al patrimonio di una società di capitali, suscita qualche perplessità¹³. Infatti, vi può essere impresa pubblica anche quando sussista una cospicua presenza di capitale privato (ad esempio, in un rapporto del 49%, rispetto al 51% di quello pubblico), che può addirittura risultare maggioritario, pur in presenza di altri indici, che manifestano l'influenza dominante dell'ente pubblico (ad esempio, in ragione del potere di nomina degli organi sociali). In tutti questi casi l'influenza dominante rimane in mano pubblica, che può disporre dell'intero patrimonio sociale, sia pure con i vincoli propri dell'assetto societario. Ma non per questo si può parlare *tout court* di "risorse (interamente) pubbliche"¹⁴, se non altro perché il socio privato potrà pur sempre far valere i propri diritti (anche contestando eventuali operazioni che costituiscano un indebito aiuto di Stato)¹⁵.

Ma non era questo il caso di specie, dato che la partecipazione pubblica nella

¹³ Così come l'affermazione, generalizzante, secondo la quale "anche le risorse delle imprese pubbliche costituiscono risorse statali ai sensi dell'art. 107, par. 1, del Trattato, in quanto lo Stato è in grado di orientare l'utilizzazione di tali risorse" (Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, cit., punto 49).

¹⁴ Si legge nella citata Comunicazione sulla nozione di aiuti di Stato che "l'origine delle risorse non è rilevante purché, prima di essere trasferite, direttamente o indirettamente, ai beneficiari, esse siano sotto il controllo pubblico e dunque a disposizione delle autorità nazionali, anche se le risorse non diventano di proprietà della autorità" (punto 57). Tuttavia tale affermazione non pare *tout court* applicabile alla partecipazione societaria di soci privati in una società mista. Essa è stata, infatti, desunta da un caso affatto particolare (sentenza Trib., 12 dicembre 1996, T-358/94, *Air France/Commissione*, ECLI:EU:T:1996:194, punti 65,66 e 67), relativi agli aiuti concessi dalla *Caisse des Dépôts et Consignations* finanziata con depositi volontari di privati cittadini, in quanto la *Caisse* poteva utilizzare il saldo depositi/prelievi come se fossero permanentemente a propria disposizione.

¹⁵ Nel sistema nazionale il socio privato potrebbe invocare la responsabilità per attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 cod. civ.: "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione o coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" (comma 1).

Non si tratterebbe in questo caso di una espressione di *private enforcement*, se con tale istituto si intende il risarcimento dei danni richiesto da terzi a causa di un aiuto di Stato illegale cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, 2021/C 305/01 del 30 luglio 2021, punto 4.2.3.4. Ricorso per risarcimento danni e, in dottrina, F. ROSSI DAL POZZO, *Il private enforcement delle regole sugli aiuti di Stato nella giurisprudenza italiana*, in *Eurojus*, fasc. 4, 2019; C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, fasc. 2, 2021; F.M. SALERNO, F. MACCHI, *Il private enforcement in materia di aiuti di Stato in Europa*, in *Eurojus*, fasc. 2, 2021. Tuttavia si tratterebbe di una vicenda assai simile, dato che essa riguarda pur sempre una richiesta di risarcimento dei danni causati da un aiuto di Stato illegittimo.

società A) era pressoché totalitaria, come si è visto. Né è stata questa l'obiezione sollevata dal Comune di Milano, che ha viceversa contestato in radice il richiamo all'istituto dell'impresa pubblica, dato che la relativa nozione è stata elaborata ed introdotta nel diverso settore della trasparenza delle relazioni finanziarie e sarebbe pertanto inconferente in una problematica di aiuti di Stato.

L'argomento, peraltro, è stato respinto dalla Corte. Infatti, “*quand’anche il riferimento alla direttiva 2006/111 non fosse pertinente nel caso di specie, gli elementi invocati al punto 35 della presente sentenza [quote sociali quasi interamente e direttamente detenute da autorità pubbliche, che designano i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, n.d.r.] sarebbero sufficienti a suffragare la conclusione del Tribunale relativa al coinvolgimento di risorse statali*”¹⁶. Il che pare significare che, indipendentemente dalla qualificazione giuridica della fattispecie, ciò che rileva è il substrato sostanziale evocato dalla nozione di impresa pubblica: e poiché tale substrato sostanziale ricorreva nella specie, tanto basta per ricavarne le implicazioni del caso, anche se l'istituto dell'impresa pubblica non fosse di applicazione generale, ma settoriale.

Ma, seguendo proprio tale logica interpretativa, l'istituto forse più calzante con la fattispecie posta al vaglio della Corte non pare fosse quello (generico) di impresa pubblica, bensì quello (più specifico) di società *in house*. Nella specie, infatti, sussistevano non solo i caratteri tipici dell'impresa pubblica, ma anche (verosimilmente) i caratteri più specifici della società *in house*¹⁷ (capitale interamente pubblico -nella specie per più del 99%- , attività svolta prevalentemente nello svolgimento dei compiti assegnati dall'ente o dagli enti proprietari -si ricorda che la società A) era concessionaria dei servizi negli aeroporti di Linate e Malpensa- e persino il “controllo analogo”¹⁸, se è vero quanto rilevato dalla

¹⁶ Sentenza della Corte, punto 37.

Va peraltro segnalato che la Commissione ha da gran tempo utilizzato l'istituto dell'impresa pubblica (e la relativa disciplina in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie) come parametro per stabilire la sussistenza o meno di un aiuto di Stato. E così, già nella Comunicazione 20.12.2011, C (2011) 9406 sulla “*Disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*”, aveva precisato (punto 18) che “*un aiuto verrà considerato compatibile con il mercato interno a norma dell’art. 106, par. 2, del Trattato soltanto se l’impresa rispetta, ove applicabile, la direttiva 2006(111)/CE. Si ritiene che gli aiuti che non rispettano tale direttiva compromettano lo sviluppo degli scambi in misura contraria all’interesse dell’Unione, a norma dell’art. 106, par. 2, del Trattato*”.

¹⁷ La cui configurazione è dovuta, originariamente, alla giurisprudenza della Corte: cfr. Corte giust., 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal*, ECLI:EU:C:1999:562; Corte giust., 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, *ARGE*, ECLI:EU:C:2000:677.

Attualmente l'istituto è codificato nell'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE, nell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE e nell'art. 28 della Direttiva 2014/25/UE.

¹⁸ Come è noto “*Si ritiene che un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore di cui all’articolo 7, paragrafo 1, lettera a), eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi ai sensi del presente paragrafo, primo comma, lettera a), quando esercita un’influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato*”.

Commissione e, cioè, che “*il ruolo del Comune è andato al di là di quello di un normale azionista*”¹⁹).

Si potrebbe obiettare, peraltro, che una chiave di lettura basata sulle logiche della società *in house* finirebbe per essere fuorviante, dato che tale istituto non è contemplato nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato. Ma, a parte quanto si è già evidenziato in ordine alle necessità scaturenti dal substrato sostanziale della figura -che, come tale, esorbita dai singoli settori del diritto dell'Unione- e a parte quanto si dirà nel prosieguo (*infra* al par. 8), anche la specifica disciplina degli aiuti di Stato pare dare rilevanza al fenomeno della considerazione unitaria di più soggetti formalmente distinti.

In particolare, proprio nell'ambito degli aiuti di Stato è stata elaborata la figura dell'*impresa unica*, sia pure in un contesto particolare, per finalità diverse dalle quelle qui prese in considerazione e con requisiti molto meno stringenti dell'*in house*²⁰. Ma ciò dimostra che il fenomeno del gruppo societario è di per sé rilevante e può essere almeno astrattamente utile anche per inquadrare la vicenda in esame.

Come è noto, la società *in house* descrive quel particolare fenomeno organizzativo, per cui sussiste una sostanziale indistinzione tra ente (o enti) controllanti

da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore” (art. 17 par. 1, lett. c) della citata Direttiva 2014/23/UE. Identica definizione si rinviene nelle altre due Direttive, agli articoli già richiamati.

¹⁹ Il convincimento della Commissione che il Comune operasse sulla società A) un controllo esorbitante da quello di un normale azionista (ancorché quasi totalitario) scaturiva da una serie di rilievi, costituiti dalla nomina dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, da pratiche amministrative che manifestavano un controllo sugli amministratori e dal coinvolgimento del Comune stesso nelle decisioni più importanti e strategiche della società (cfr. decisione della Commissione, punti 190-217).

²⁰ In argomento si può vedere C.E. BALDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 199 ss. e 208 ss., che ricorda che tale istituto ha lo scopo di individuare l'insieme dei soggetti, che, in quanto appartenenti ad un gruppo o ad un'aggregazione di imprese, devono essere considerate unitariamente ai fini della fruizione del trattamento sugli aiuti *de minimis*.

Il Regolamento della Commissione del 18 dicembre 2013, UE 1408/2013 all'art. 2, par. 2, così definisce l'istituto:

“*Ai fini del presente regolamento, si intende per «impresa unica» l'insieme delle imprese fra le quali esiste almeno una delle relazioni seguenti:*

- a) un'impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra impresa;*
- b) un'impresa ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un'altra impresa;*
- c) un'impresa ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest'ultima oppure in virtù di una clausola dello statuto di quest'ultima.*
- d) un'impresa azionista o socia di un'altra impresa controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell'altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest'ultima;*

Le imprese fra le quali intercorre una delle relazioni di cui al primo comma, lettera da a) a d), per il tramite di una o più altre imprese sono anch'esse considerate un'impresa unica”.

e società controllata. Infatti, la società *in house* non presenta “*un centro di interessi davvero distinto dall’ente pubblico che la ha costituita e per il quale opera*”²¹.

È per tali ragioni che fin dalla sentenza *Teckal* del 1999²² la Corte di giustizia ha escluso che l’affidamento di lavori e servizi a detta società ricadesse nell’ambito di applicazione della disciplina comunitaria degli appalti pubblici e necessitasse, dunque, della pubblicità e delle procedure di gara ivi previste. Infatti la società *in house*, pur avendo formalmente una distinta personalità giuridica, non si distinguerebbe sostanzialmente dall’ente pubblico (nella società monopartecipata) o dagli enti pubblici (nella società pluripartecipata) titolari dell’intero pacchetto azionario o del complesso delle quote: si tratterebbe, dunque, di un organo²³ (sia pure indiretto) dell’ente o degli enti proprietari.

Tutto ciò ha ovvie ripercussioni sul patrimonio di una tale società. Tant’è che è stato rilevato che “*la distinzione tra patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità*”²⁴.

Se sussistono, dunque, i caratteri propri della società *in house* ben si può comprendere, ed anche giustificare, che le risorse da questa movimentate per erogare vantaggi economici a terzi siano a tutti gli effetti “risorse pubbliche”. Fornendo così una piana dimostrazione della presenza del primo (e imprescindibile) requisito degli aiuti di Stato, costituito, appunto dall’impiego di “risorse pubbliche”.

3. *Segue: l'imputabilità allo Stato*

Ma le logiche proprie della società *in house* possono servire anche per spiegare altro aspetto di detto requisito. Costituito, come si è anticipato, dalla imputabilità allo Stato dell’intera operazione (e cioè dell’erogazione di benefici economici).

Secondo la Corte, “*l'imputabilità non può essere dedotta dal solo fatto che i vantaggi*

²¹ Così la nostra Corte Cass., Sez. Un., 23 novembre 2013, n. 26283, punto 5, seguendo la linea interpretativa della Corte di giustizia.

²² Già citata in nota 16.

²³ In tal senso è pacificamente orientata la giurisprudenza nazionale. In particolare il Consiglio di Stato da tempo ha parlato in proposito di “*delegazione interorganica*” (sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605), e di “*società organo*” (sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765). Più di recente lo stesso Consiglio di Stato (sez. consultiva sugli atti normativi, parere, 28 settembre/7 ottobre 2021, n. 1614), ha avuto modo di precisare che “*la materia è stata oggetto di numerose pronunce di questo Consiglio (si vedano, da ultimo, sez. I, n. 1374 del 3 agosto 2021, e n. 1389 del 7 maggio 2019, nonché sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020), che ha sempre ribadito come la società in house sia equiparabile ad un “ufficio interno” dell’ente pubblico che l’ha costituita, sicché non sussiste tra l’ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l’unica a giustificare l’affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione*”.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 novembre 2013, n. 26283, cit., punto 4.3.

*sono stati concessi da un'impresa pubblica controllata dallo Stato*²⁵. Viceversa è “*necessario verificare se si debba considerare che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure*”²⁶.

Il che rileva non solo per la sussistenza dei requisiti dell'aiuto di Stato (e, dunque, per la fondatezza/infondatezza del ricorso proposto dal Comune di Milano), ma prima ancora per la legittimazione stessa del Comune di Milano ad agire in giudizio.

Infatti la Commissione in primo grado aveva eccepito che il Comune di Milano sarebbe stato privo di legittimazione ad impugnare la decisione di recupero degli aiuti, perché ente diverso dal soggetto erogatore dell'aiuto medesimo (la società A). Ma è stato agevole per il Tribunale respingere tale formalistica eccezione, osservando che “*se il ricorrente è l'autorità pubblica che è stata implicata nell'adozione delle misure in questione al punto che esse gli sono imputabili [...], è il ricorrente a dover essere considerato quale erogatore dell'aiuto*”²⁷.

In ordine al merito della questione, la Corte ha precisato preliminarmente che “*non si può pretendere che venga dimostrato, sulla base di un'indagine precisa, che le autorità pubbliche abbiano concretamente incitato l'impresa pubblica ad adottare le misure di aiuto in questione. Infatti, l'imputabilità allo Stato di una misura di aiuto adottata da un'impresa pubblica può essere dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e nel contesto nel quale detta misura è stata adottata*”²⁸.

Nel caso di specie gli indizi si sono concentrati, sia in primo che in secondo grado, sull'accordo sindacale del 2002, di cui già si è fatto un primo cenno. Infatti, la Corte sottolinea che tale accordo, sottoscritto anche dal Comune di Milano, comportava l'obbligo, da parte della società A, di ripianare le perdite della società B per almeno cinque anni: sicché il Comune di Milano, che ha partecipato come

²⁵ Cfr. Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit. Cfr. anche Tribunale, 26 giugno 2008, *SIC/Commissione*, causa T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, punti 93 e ss.

²⁶ Sentenza, punto 46, che richiama in proposito Corte giust. 17 settembre 2014, causa C-242/13, *Commerz Nederland*, ECLI:EU:C:2014:2224, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

“*Infatti, anche nel caso in cui lo Stato sia in grado di controllare un'impresa pubblica o di esercitare un'influenza dominante sulle operazioni di quest'ultima, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto[...]*”

Nella fattispecie la Commissione, nella decisione controversa, ha assunto come unico criterio organico, secondo il quale il Crédit Lyonnais, l'Altus e la SBT, in quanto imprese pubbliche, si trovavano sotto il controllo dello Stato. Alla luce di tale fatti, occorre constatare come tale interpretazione del criterio dell'imputabilità allo Stato sia erronea” (Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit., punti 52 e 58).

Cfr. anche Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit., punti 52, 55 e 56.

²⁷ Sentenza Trib., cit., punto 41.

²⁸ Sentenza punto 47, che richiama al riguardo Corte giust., 17 settembre 2014, causa C-242/13, cit., punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

detto alla negoziazione e alla conclusione di detto accordo, è risultato per ciò solo coinvolto nelle contestate operazioni di aumento di capitale della società B e nell'aiuto di Stato che esse hanno prodotto²⁹.

È sulla base di tali “indizi positivi”, che la Corte ha respinto il relativo motivo di impugnazione, che lamentava la deduzione di mere presunzioni negative (improbabilità dell'assenza di coinvolgimento delle autorità pubbliche), confermando dunque quanto giudicato dal Tribunale. Il quale aveva individuato proprio nell'accordo sindacale del 2002 un indizio determinante per dimostrare il coinvolgimento del Comune di Milano nella decisione di concedere le misure di ricapitalizzazione alla società B e correlativamente un “*elemento di prova di imputabilità*”, che “*si aggiunge, in modo decisivo, ai legami organici e di controllo esistenti?*” tra il Comune di Milano e la società A.

Tale imputabilità, così ricostruita, consente al Giudice dell'Unione di accertare anche questo aspetto del primo requisito perché vi sia aiuto di Stato. Il tutto in coerenza con l'impostazione della Commissione in sede procedurale e sostanziale, ma non in sede processuale, ove viceversa aveva opposto, in primo grado, la contraria (e contraddittoria) eccezione di carenza di legittimazione, di cui si è fatto cenno.

In conclusione, l'imputabilità dell'erogazione delle misure economiche al Comune di Milano scaturisce da un suo qualche coinvolgimento attivo nell'operazione³⁰. Il che potrà soddisfare i requisiti elaborati dalla giurisprudenza della

²⁹ Si legge, infatti, nel punto 53 della sentenza che “*il Tribunale ha considerato, in primo luogo, che i termini dell'accordo sindacale del 26 marzo 2002 creassero un obbligo chiaro e preciso per la SEA di ripianare, quantomeno per un periodo di cinque anni, le perdite della SEA Handling. In secondo luogo, esso ha ritenuto che, con la sottoscrizione di tale accordo, il Comune di Milano avesse formalmente dato il suo avallo, anche nella sua qualità di azionista di maggioranza della SEA, riguardo non solo all'insorgenza di tale obbligo, ma anche al suo rispetto e la sua attuazione successivi da parte della SEA. In terzo luogo, ne ha dedotto che la partecipazione attiva del Comune di Milano alla negoziazione e alla conclusione di detto accordo costituiva un elemento chiave di prova del coinvolgimento delle autorità italiane nella concessione delle misure in questione?*”.

³⁰ Il che richiama alla mente la giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità per attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 cod. civ. Essa non è implicita nel controllo ex art. 2359 cod. civ., dato che l'art. 2497 *sexies*, che lo richiama, “*si limita a individuare in via presuntiva la soggezione astratta al potere di direzione e coordinamento delle società controllate?*”: resta viceversa “*l'onere di chi agisce ex art. 2497 cod. civ. di provare l'esercizio in fatto dell'eterodirezione con riguardo alle operazioni gestorie contestate?*” (Trib. Milano, Sez. spec. Imprese, 10 novembre 10154, n. 13179; cfr. anche Trib. Milano, Sez. spec. Imprese, 14 dicembre 2016, n. 13636).

Infatti, “*risulta [...] consolidata l'opinione, che codesto Collegio condivide, secondo la quale perché sussista direzione e coordinamento non sufficiente il controllo “statico” della società sottoposta, ma è necessaria una attività di significativo e determinante condizionamento dell'autonomia gestionale della società controllata, concretantesi nell'esercizio di un insieme di atti di indirizzo idonei a incidere sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.*”

A tale conclusione di deve necessariamente pervenire ove si osservi che la individuazione di una situazione di direzione e coordinamento comporta ex lege in capo alla controllante non solo gli obblighi pubblicitari e informativi sopra richiamati (art. 2497-bis c.c.), ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dalla direzione unitaria (art. 2497-ter c.c.) [...]” (Trib. Mantova, sez. II, 16 ottobre 2014, n. 13.179).

Corte in ordine a detta imputabilità³¹, ma non spiega, sotto un profilo giuridico (e in mancanza di un rapporto di rappresentanza o collegamento organico), come l'attività di un soggetto (nella specie la società A) possa essere imputato ad un altro (il Comune di Milano): intendendo per imputazione non solo una paternità morale o politica dell'operazione, ma la riconducibilità giuridica dell'operazione stessa (e dei suoi effetti) all'ente controllante, sì da poter affermare, come si è visto ha fatto il Tribunale nel respingere l'eccezione di carenza di legittimazione del Comune di Milano, che è quest'ultimo che deve essere considerato il soggetto "erogatore dell'aiuto".

Anche in questo caso, viceversa, ben più significativo ed esauriente avrebbe potuto essere l'inquadramento della vicenda nell'ambito della società *in house*. La quale, essendo soggetto solo formalmente, ma non sostanzialmente distinto dall'ente controllante (tant'è che si parla di fenomeno di autoproduzione e non di esternalizzazione), è idonea a spiegare pianamente l'imputabilità dell'operazione all'ente di appartenenza, con cui vi è immedesimazione organica.

Tutto ciò vale per i rapporti tra Comune di Milano e società A.

4. Il soggetto beneficiario delle risorse pubbliche: aiuti di Stato ad una società *in house*?

Il caso di specie presenta peculiarità di rilievo anche sotto il profilo del soggetto beneficiario dell'aiuto, dato che quest'ultimo è rappresentato dalla società B, a sua volta sorta per gemmazione dalla società A. Dunque si tratta di un soggetto creato appositamente dall'autore materiale dell'aiuto e sottoposto totalmente al controllo di quest'ultimo (a seguito di scorporo di un ramo di azienda

Infatti, "a fronte della allegazione di attività di etero direzione dannosa sull'attore incombe la dimostrazione che l'atto o l'attività dannosa che si assume compiuta dagli amministratori della società etero diretta, per effetto dell'influenza della dirigente, non è sorretto da una giustificazione economicamente razionale nella prospettiva della controllata, mentre è coerente con un "disegno di gruppo" tale per cui l'atto o l'attività dannosa ha determinato un vantaggio solo per l'ente dirigente – o per altra società del gruppo" (Trib. Milano, Sez. spec. Imprese, 10 novembre 2014, n. 7027).

³¹ La citata Comunicazione della Commissione sugli "Orientamenti" (punto 39) così sintetizza la giurisprudenza della Corte: "La Corte ha inoltre stabilito che anche se lo Stato è in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza dominante sulle attività di quest'ultima, l'esercizio effettivo di tale controllo in un caso particolare non può essere automaticamente dato per scontato. Pertanto è necessario valutare se misure concesse da imprese pubbliche siano imputabili allo Stato. La Corte ha segnalato che l'imputabilità allo Stato di una misura adottata da un'impresa pubblica può essere dedotta da un insieme di indicatori derivanti dalle circostanze del caso e dal contesto nel quale la misura è stata presa".

La medesima Comunicazione elenca, al punto 43, gli indizi ritenuti rilevanti. Tra i quali risultano particolarmente pertinenti al caso di specie le ipotesi:

"b) la presenza di legami organici tra l'impresa pubblica e lo Stato [...]

d) l'integrazione dell'impresa pubblica nelle strutture dell'amministrazione pubblica [...];

g) l'intensità del controllo esercitato dalle autorità pubbliche sulla gestione delle imprese".

-quello relativo alle operazioni di terra-, con la creazione di una società *ad hoc*, con capitale interamente detenuto dalla stessa società A³²).

In tale contesto pare arduo ritenere che il soggetto beneficiario dell'aiuto sia estraneo all'autore (materiale) dell'aiuto stesso. Anzi, proprio le logiche della società *in house* (questa volta con riferimento alla società B) portano a ritenere che si tratti nella sostanza di un unico centro decisionale, tant'è che l'affidamento diretto (e senza gara) delle attività di assistenza di terra può giustificarsi solo in tale contesto logico-giuridico.

La Corte di giustizia parla, a proposito di tale affidamento diretto, come di “*un'operazione interna, denominata anche «contratto in house»*”³³. Dunque un'operazione racchiusa nella struttura organizzativa dell'ente pubblico proprietario (direttamente o indirettamente) della società *in house*.

Peraltro, per aversi aiuto di Stato è necessario che sussista un vantaggio selettivo per un'impresa, idoneo a falsare la concorrenza del mercato europeo. Dunque si deve trattare di un vantaggio economico offerto a terzi, non essendo concepibile un aiuto di Stato all'interno dello stesso ente che lo eroga: non è concepibile, in altri termini, un aiuto di Stato elargito da un soggetto pubblico a se stesso.

Al riguardo pare singolare anche la genesi della fattispecie. Come si è già esposto, la creazione di una società *ad hoc* per i servizi di assistenza di terra è stata operata per dar attuazione alla Direttiva 96/67/CE, che ha imposto la separazione contabile di detti servizi dagli altri attinenti alla gestione aeroportuale.

La società A non si è limitata a detta separazione contabile, ma ha dato luogo ad un nuovo soggetto (la società B), così operando anche la separazione giuridica. Se avesse optato per la prima soluzione (come era consentito), la mera separazione contabile non la avrebbe ovviamente mai esposta all'accusa di erogazione di aiuti di Stato, anche se i costi, complessivamente considerati, fossero stati uguali (o addirittura superiori) a quelli derivanti dai cospicui aumenti di capitale a favore della società B. Avendo, viceversa, optato per la separazione anche giuridica (secondo un indirizzo promosso dalla stessa Commissione), logica vorrebbe che i risultati fossero uguali, trattandosi comunque dello stesso gruppo societario, facente capo essenzialmente al Comune di Milano (almeno nel periodo rilevante per l'operazione contestata).

Tuttavia tale *iter* argomentativo è destinato a soccombere di fronte al chiaro dettato normativo dell'art. 106 del TFUE, che, come è noto, vieta agli Stati membri di adottare nei confronti delle imprese pubbliche (nonché nei confronti delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale)

³² Cfr. punto 25 della decisione della Commissione.

³³ Cfr. Corte giust., ordinanza 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19, *Rieclo*, ECLI:EU:C:2020:87.

misure contrarie al Trattato³⁴ e, comunque, misure esorbitanti le necessità del servizio di interesse economico generale³⁵. In particolare, risulta vietata ogni misura contraria alla disciplina degli aiuti di Stato, ivi espressamente richiamata.

La società *in house* è una *species* dell'impresa pubblica, come si è già ricordato. Dunque non può non applicarsi ad essa un divieto che riguarda l'intera categoria presa in considerazione dal Trattato³⁶.

Infatti, “*la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi* [con riferimento, appunto, all'affidamento *in house*, n.d.r.] *non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato UE*”³⁷, tra le quali certo sono da annoverare quelle degli aiuti di Stato.

In altri termini, né la struttura organizzativa del gruppo societario³⁸, né la

³⁴ Cfr., per tutti, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., 356 ss.

³⁵ La Commissione ritiene possibile (Comunicazione sugli “*Orientamenti*”, cit. punto 72) che la gestione complessiva di un aeroporto possa essere qualificato come un servizio di interesse economico generale, ma con una valutazione caso per caso e tutto sommato in ipotesi alquanto circoscritte. In tali casi trova applicazione l'art. 106, par. 2, del TFUE, con le implicazioni che ne derivano.

Sul tema si segnala J. BOKOBZA, N. IMBERT, “*Aviation*”, in, *EU Competition Law: State Aid*, edit by L. FLYNN N. PESARESI, C. SIATERLI, K. VAN DE CASTEELE, *Aid*, Claeys and Casteels, 2016.

³⁶ Qualche dubbio al riguardo è stato sollevato (ma per mero scrupolo) dal Consiglio di Stato, riguardo ad un'ipotesi relativa ad un affidamento diretto del servizio di trasporto su ruote. Si legge, infatti, nell'ordinanza della sez. VI, del 7 marzo 2022, n. 1620, di remissione alla Corte di giustizia, che “*non sembra che la sussistenza di un affidamento diretto ad un operatore interno, di per sé, osti alla configurazione di un aiuto di Stato, non potendosi escludere -a prescindere all'emersione di una relazione meramente organizzativa con l'ente affidante- che l'ente affidatario, beneficiario del trattamento agevolato, operi nel mercato in condizioni di vantaggio rispetto ai concorrenti: tale rilievo, operato dalla giurisprudenza nazionale (cfr., tra gli altri, Cass. Cin. Sez. V, Sent., 23 settembre 2020, n. 19935) sembra, invece, confliggere con quanto rappresentato dalla Commissione nell'ambito della Comunicazione 2002/C 172/02 cit., in cui si evidenzia che “il soggetto privato o pubblico che gestisca un'infrastruttura di trasporti e che non faccia parte della struttura amministrativa dello Stato sarà sempre da considerarsi ‘impresa’”, con la conseguenza che, di contro, in presenza di una relazione organizzativa interna, propria dell'aggiudicazione ad operatore interno, sembrerebbe escludersi la configurazione di un'impresa ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato.*

Qualora la Corte di Giustizia ritenesse possibile ascrivere la qualifica di impresa ex art. 107, comma 1, TFUE in capo ad un operatore interno ai sensi dell'art. 2, lett. j, regolamento n. 1370 cit., dovrebbe vagliarsi la sussistenza di un aiuto di Stato” (ordinanza cit. punti 139 e 140).

³⁷ Corte giust., ordinanza 6 febbraio 2020, in causa C-89/19 e C-91/19, *Rieco*, ECLI:EU:C:2020:87, punto 37.

³⁸ Infatti la struttura del gruppo societario di per sé non preclude che sussista un aiuto di Stato illegittimo. Cfr. Corte giust., 11 luglio 1996, in causa C-39/94, *SFEI*, ECLI:EU:C:1996:285, punto 97 ove è stato giudicato che “*la fornitura di assistenza logistica e commerciale da parte di un'impresa pubblica alle sue controllate di diritto privato attive in un settore aperto alla libera concorrenza può costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 del Trattato quando la remunerazione ricevuta come contropartita è inferiore a quella che sarebbe stata richiesta in condizioni normali di mercato*”.

più specifica figura della società *in house*³⁹ sono in grado di derogare la disciplina degli aiuti di Stato. Anzi tale disciplina costituisce un limite alla rilevanza di quest'ultimo istituto, almeno per tutti quegli aspetti che si rivelino incompatibili con lo stesso.

Nella specie si trattava pur sempre di un'impresa attiva nel mercato (stando a quanto si desume dall'accordo sindacale del 2002⁴⁰, che era diretto proprio a preservare “*le sue capacità di gestione*” e a migliorare “*sensibilmente le sue possibilità di operare sui mercati nazionali e internazionali*”). Si trattava, pertanto, di un'impresa suscettibile di essere beneficiaria di aiuti di Stato⁴¹, indipendentemente dallo status giuridico⁴², che per altro verso la connotava.

La questione principale è stata dunque incentrata sulla attitudine della misurata controversa ad operare una distorsione della concorrenza.

5. *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato ed il problema dell'onere della prova*

Nel caso di specie, il “focus” dell'indagine in ordine all'aiuto di Stato non ha riguardato il momento dell'affidamento dalla società A alla società B dei compiti intestati alla prima in base al rapporto concessorio in essere con le autorità pubbliche e relativi ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti. Né ha riguardato le “compensazioni” eventualmente necessarie per lo svolgimento di tali compiti⁴³. Ha riguardato viceversa, come si è anticipato, le numerose operazioni della

³⁹ Tale impostazione è stata da ultimo confermata il 7 maggio 2021 dalla Commissione nella procedura “*Aiuto di Stato S.A.39639 (2021/C ex 2021/NN) — Presunte misure di aiuti di Stato a favore del consorzio Cineca Invito a presentare osservazioni a norma dell'articolo 108, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*” ove al punto 103 ha osservato che “*il fatto che le autorità attribuiscono un servizio pubblico a un fornitore in house non esclude, di per sé, una possibile distorsione della concorrenza*”.

In ordine a un recente caso di aiuto di Stato ad un'impresa pubblica (*Tirrenia spa*), sia essa o meno una società *in house*, ancorchè partecipata al 100% dallo Stato, si può vedere la decisione della Commissione, 2 marzo 2020, n. 2020/1412.

⁴⁰ Già richiamato *supra* al par. 1.

⁴¹ In un precedente caso, relativo ad aiuti statali ad una società *in house* del Comune di Napoli (cfr. Corte giust., sez. II, 29 luglio 2019, in causa C-659/17, *INPS c. Azienda Napoletana Mobilità S.P.A.*, ECLI:EU:C:2019:633 con nota di M. SALERNO, *Aiuti di Stato alle società in house: fino a che punto i mercati locali sfuggono alle regole della concorrenza?*, in *DPCE online*, 2019, 4, la materia del contendere si è incentrata sui temi consueti della idoneità della misura ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri e sulla idoneità a falsare la concorrenza. In particolare, i temi aperti riguardavano la sussistenza o meno di una concorrenza nello specifico mercato del beneficiario dell'aiuto e l'estensione dell'attività di quest'ultimo su altri mercati aperti ad una effettiva concorrenza.

⁴² Cfr. per tali concetti, *ex multis*, Tribunale, 24 marzo 2011, in cause riunite T-443/08 e T-455/08, *Freistaat Sachsen e a./Commissione*, ECLI:EU:T:2011:117.

⁴³ Le quali, del resto, sono esentate dall'obbligo di notifica, di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, solo entro certi limiti. Infatti, la più volte citata Comunicazione della Commissione sugli “*Orientamenti*”, seppure richiama i criteri *Altmark*, perchè un aiuto di Stato possa essere considerato compa-

società A dirette ad operare aumenti di capitale della società B, per ripianare le forti perdite, da quest'ultima subite.

In tale contesto il criterio più appropriato, per stabilire la sussistenza o meno del contrasto con l'art. 107 TFUE, non poteva essere⁴⁴ che quello dell'investitore privato in economia di mercato⁴⁵. Il che implica una distinzione preliminare tra scelte compiute dallo Stato (e, in generale, dall'amministrazione) in qualità di azionista e quelle compiute in qualità di potere pubblico⁴⁶.

Solo le prime rilevano al riguardo. Dovendosi stabilire se un operatore priva-

tibile con il mercato interno, ai sensi dell'art. 106, par. 2, TFUE, esclude l'obbligo di notifica solo per gli aeroporti con un traffico annuale di passeggeri tutto sommato limitato (Comunicazione, cit. punto 75). Sul punto si segnala anche la *“Comunicazione della Commissione concernente la proroga del regime specifico di aiuti al funzionamento per gli aeroporti con una capacità fino a 700.000 passeggeri all'anno, previsto dagli orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree”* (2018/C 456/06).

⁴⁴ Infatti *“risulta parimenti da costante giurisprudenza che le condizioni che devono ricorrere affinché una misura possa ricadere nella nozione di “aiuto” ai sensi dell'articolo 87 CE non sono soddisfatte qualora l'impresa pubblica beneficiaria potesse ottenere lo stesso vantaggio rispetto a quello procurato per mezzo di risorse statali e in circostanze corrispondenti alle normali condizioni del mercato, ove tale valutazione dev'essere effettuata, per le imprese pubbliche, applicando, in linea di principio, il criterio dell'investitore privato (v. in tal senso, sentenze del 21 marzo 1991, Italia/Commissione, C-303/88, Racc. pag. I-1433, punto 20; del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99, Tacc. Pag. I-4397, punti 68-70, nonché Comitato “Venezia vuole vivere” e a./Commissione, cit. supra, punto 91 e giurisprudenza citata)”* (Corte giust., Grande Sezione, 5 giugno 2012, in causa C-124/10P, *Commissione/EDF*, ECLI:EU:C:2012:318 punto 78).

Particolarmente significativa al riguardo è la sentenza che probabilmente ha inaugurato l'applicazione del criterio (Corte giust. 10 luglio 1986, in causa C-40/85, *Belgio c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:305). Ivi si legge che *“Onde accertare se un siffatto provvedimento abbia la natura di aiuto statale, è opportuno applicare il criterio indicato nella decisione della Commissione [...] che si basa sulla possibilità per l'impresa di procurarsi le somme in questione sul mercato privato dei capitali. Nell'ipotesi dell'impresa in cui la quasi totalità del capitale sociale sia nelle mani delle pubbliche autorità, si deve in particolare valutare se, in circostanze analoghe, un socio privato, basandosi sulle possibilità di reddito prevedibile, astrazione fatta da qualsiasi considerazione di carattere sociale o di politica regionale o settoriale, avrebbe effettuato lo stesso conferimento di capitale?”*.

⁴⁵ La Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, anch'essa citata, chiarisce in modo esemplare il contesto di tale criterio, come segue: *“Le operazioni economiche effettuate da enti pubblici (comprese le imprese pubbliche) non conferiscono alcun vantaggio alle controparti e pertanto non costituiscono aiuto, se sono svolte alle normali condizioni di mercato. Questo principio è stato sviluppato in relazione a diverse operazioni economiche. Per individuare la presenza di aiuti di Stato nel caso di investimenti pubblici (in particolare, conferimenti di capitale), gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno elaborato «criterio dell'investitore in un'economia di mercato»: al fine di stabilire se l'investimento di un ente pubblico costituisca un aiuto di Stato, è necessario valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili che operi in normali condizioni di un'economia di mercato avrebbe realizzato l'investimento in questione”* (punto 74).

⁴⁶ Sentenza della Corte, punto 106.

Infatti *“emerge dalla giurisprudenza che, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata attuata, in normali condizioni di mercato, da un investitore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico”* (Corte giust., Grande Sezione, 5 giugno 2012, causa C-124/10, cit., punto 79).

to, seguendo le regole di mercato, “avrebbe conferito, in condizioni analoghe, un importo di entità pari a quella conferito dall’investitore pubblico”⁴⁷.

L’onere della prova, che le condizioni di applicazione del principio dell’investitore privato non siano soddisfatte, spetta alla Commissione⁴⁸. La quale non potrebbe basarsi su una presunzione negativa, fondata sull’assenza di informazioni, dovendo viceversa basarsi su elementi atti a dimostrare positivamente che l’impresa abbia beneficiato di un vantaggio non giustificato da logiche di razionalità economica.

Tuttavia, “poiché la Commissione non ha una conoscenza diretta delle circostanze in cui è stata adottata una decisione di investimento, essa deve basarsi [...], in larga misura, sugli elementi oggettivi e verificabili prodotti dallo Stato membro”⁴⁹. Il che, se non costituisce una vera e propria inversione dell’onere della prova, poco ci manca⁵⁰.

Nella specie la decisione della Commissione si è basata su elementi vari, tra i quali non è mancato quello diretto a stabilire se l’Amministrazione avesse preventivamente “comparato gli asseriti costi di esternalizzazione con quelli connessi con le misure di ricapitalizzazione [...] (copertura delle perdite), «che avrebbero potuto essere evitate esternalizzando alcune attività o la totalità delle attività di assistenza a terra a un operatore più competitivo»”⁵¹.

Quest’ultima considerazione richiama alla mente il criterio del “costo evitato”, che, com’è noto, è una metodologia ampiamente utilizzata -sia pure con un taglio diverso⁵²- per stabilire la congruità delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico. E al riguardo sarebbe stato interessante anche stabilire se

⁴⁷ Sentenza, punto 105.

⁴⁸ Sentenza, punto 110.

⁴⁹ Sentenza, punto 112.

⁵⁰ Cfr. G. CONTALDI, *La nozione di aiuto di Stato*, in *eurojus*, fasc. 3, 2019 ove l’A. sottolinea come “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”.

⁵¹ Sentenza Tribunale, punto 126, richiamato sinteticamente al punto 112 della sentenza della Corte.

Sull’apertura al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti, cfr. la già richiamata direttiva 96/67/CE. Non si tratta, dunque, di un servizio soggetto a monopolio legale, nel senso indicato nel punto 188 della Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, più volte richiamata.

⁵² La Comunicazione della Commissione 20 dicembre 2011 C (2011) 9406, sulla *Disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, così descrive il criterio: “In base alla metodologia del costo evitato netto, il costo netto necessario – o che si prevede sia necessario – per ottemperare agli obblighi di servizio pubblico è calcolato come la differenza tra il costo netto per il fornitore del servizio soggetto ad un obbligo di servizio pubblico e il costo netto o utile del medesimo fornitore in assenza di tale obbligo. Va riservata una particolare attenzione alla corretta valutazione dei costi che si prevede che il fornitore del servizio eviti e delle entrate che si prevede questi non realizzi, in assenza dell’obbligo di servizio pubblico. Il calcolo del costo netto deve valutare i vantaggi, compresi per quanto possibile quelli immateriali, di cui beneficia il fornitore del SIEG”.

i costi evitati dalla società A, conferendo i servizi di terra alla società B, fossero superiori o inferiori agli aumenti di capitale in concreto effettuati a favore di quest'ultima società.

Tuttavia è risultata decisiva la mancanza di alcuno studio economico preventivo in ordine alla necessità e convenienza degli aumenti di capitale contestati. L'elaborato peritale fornito dal Comune di Milano, ma redatto *a posteriori* da un esperto economista e diretto a dimostrare la razionalità economica dell'operazione compiuta, non è stato considerato adeguato allo scopo (nonostante lo stesso fosse contestualizzato ad un momento antecedente le operazioni di aumento di capitale): sul punto è valso il giudizio del Tribunale, che lo ha respinto a causa del “*carattere lapidario e contraddittorio delle affermazioni ivi contenute*”⁵³.

In realtà la mancanza di una valutazione *ex ante*, e in particolare la mancanza di uno studio basato sulle informazioni disponibili al momento di effettuare la scelta dell'aumento di capitale (come di qualunque altro investimento), è risultata determinante⁵⁴. Infatti, anche se astrattamente tale mancanza potrebbe essere superata dalla verifica dei risultati positivi della operazione, nella logica dell'operatore in un'economia di mercato (che si presume debba sempre preventivamente calcolare la redditività e i vantaggi economici dell'investimento) si tratta di un requisito pressoché ineludibile.

Sicché il giudizio negativo, operato dalla Commissione con la decisione impugnata, non è stato superato, né caducato in sede processuale. Infatti, “*quando gli apporti di capitali di un investitore pubblico prescindano da qualsiasi prospettiva di redditività, anche a lungo termine, essi non possono essere considerati conformi al criterio dell'investitore privato*”⁵⁵.

Con il che è risultata disattesa anche l'impostazione difensiva del Comune di Milano, che si basava sulla specificità della situazione della Società A, concessionaria degli aeroporti di Linate e Malpensa fino al 2041. Con la conseguenza che le prospettive di redditività avrebbero dovuto prendere in considerazione tale assai ampio arco temporale: ma ancora una volta il giudizio del Tribunale, in ordine alla assenza di stime e di proiezioni a medio e lungo termine dei costi,

⁵³ Sentenza, punto 122.

⁵⁴ Tale aspetto è sottolineato dalla citata Comunicazione sugli “*Orientamenti sugli aiuti [...]*”, punto 51. Infatti “*per quanto riguarda il finanziamento pubblico agli aeroporti, il test dell'analisi di conformità al MEO si dovrebbe basare su corrette prospettive di redditività ex ante per il soggetto che concede il finanziamento [...]. In assenza di un piano industriale gli Stati membri possono fornire un'analisi o documenti interni delle autorità pubbliche o dell'aeroporto interessato dai quali si evince chiaramente che un'analisi condotta prima della concessione del finanziamento pubblico ha dimostrato la conformità al MEO*”.

In generale, sulla necessità di una valutazione *ex ante*, basata sulle informazioni disponibili alla data dell'operazione e sull'insufficienza di una valutazione retrospettiva, cfr., tra le tante, Corte giust. 5 giugno 2012, causa C-124/10, *Commissione/EDF*, ECLI:EU:C:2012:318, punti 83-85; Corte giust., 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust)*, cit., punti 71 e 72.

⁵⁵ Sentenza, punto 114.

nonché in ordine alla assenza di valutazioni di scelte alternative di esternalizzazione dei servizi, è risultato decisivo per escludere la rilevanza di detta specificità.

6. *L'ampiezza del sindacato del Giudice dell'Unione*

A quest'ultimo proposito è risultata vana anche la richiesta di una nuova valutazione in fatto e in diritto dei risultati raggiunti dalla Commissione in applicazione del criterio dell'investitore privato. E si deve aggiungere che probabilmente il Comune di Milano aveva fornito un principio di prova diretto a dimostrare, se non l'erroneità, quanto meno l'opinabilità di dette conclusioni, in ragione della specificità del contesto (concessione a lungo termine), nel quale sono stati compiuti gli aumenti di capitale contestati.

Il che non pare privo di rilevanza nella fattispecie. Perché il criterio dell'investitore privato in economia di mercato, prima di costituire un canone di valutazione da parte della Commissione, doveva costituire un parametro di condotta da parte degli autori della ricapitalizzazione. La quale del resto è stata compiuta senza ulteriori finanziamenti diretti da parte del Comune di Milano.

Sicché la possibilità, pur remota, che una particolare declinazione di detto criterio avrebbe potuto giustificare l'operazione censurata (nel senso che la stessa avrebbe potuto rientrare “*nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate*”⁵⁶), avrebbe forse meritato un approfondimento nel merito tecnico/economico da parte del Giudice dell'Unione. Anche perché si tratta di criterio (quello dell'investitore privato) normalmente applicato ai finanziamenti diretti o indiretti dell'ente pubblico nei confronti dei terzi, mentre nella specie, pur trattandosi di “risorse statali” e di “aiuto” imputabile all'ente pubblico, i benefici economici risultano interamente racchiusi all'interno del gruppo sociale pubblico.

Ma il Tribunale, prima, e la Corte, poi, hanno opposto che “*non spetta al Giudice dell'Unione sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione*”⁵⁷. Viceversa, “*spetta al Tribunale assicurarsi [...] che tali valutazioni economiche complesse della Commissione non siano affette da errore manifesto di valutazione*”⁵⁸.

Né son valsi i contrari richiami giurisprudenziali (in materia di controllo delle ammende irrogate per i cartelli), fatti valere dal Comune di Milano. E ciò perché, seppure è vero che la giurisprudenza richiamata impone un controllo approfondito in fatto e in diritto, la stessa risulterebbe inconferente nella specie, perché essa riguarda le infrazioni previste dagli artt. 101 e 102 TFUE, per le quali

⁵⁶ Così Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, nell'ambito peraltro di un giudizio su un'infrazione antitrust.

⁵⁷ Sentenza, punto 100.

⁵⁸ Sentenza, punto 115.

è prevista la competenza giurisdizionale anche in merito⁵⁹.

Viceversa, al di fuori di tali ambiti, il controllo giurisdizionale che “incombe al Tribunale”, in presenza di una valutazione economica complessa compiuta dalla Commissione (nella specie, in ordine all'applicazione del principio dell' “operatore privato”), non può spingersi oltre un controllo estrinseco di detta valutazione. Del resto la Commissione prima e, almeno implicitamente il Tribunale, poi, avevano preso in considerazione la specificità della situazione, così come rappresentata dal Comune di Milano: “*Il fatto che la Commissione, in ultima analisi, non abbia desunto da una situazione del genere che un investitore privato avveduto, titolare di una concessione a lungo termine, avrebbe agito allo stesso modo [della società A] si iscrive pienamente nell'ambito del suo margine di discrezionalità, e, come tale, è altresì sottratto al sindacato del Tribunale*”⁶⁰.

Vale, dunque, il principio di carattere generale⁶¹ e, si direbbe, tradizionale, secondo cui “*Risulta dalla giurisprudenza della Corte che un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o da sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale*”⁶². E anche se non mancano enunciazioni di un sindacato più incisivo⁶³, non risulta che esso si sia mai spinto sino al controllo sostitutivo di valutazioni tecniche complesse.

Se è questa la giurisprudenza prevalente sulle impugnazioni avverso le decisioni della Commissione, si deve riconoscere che la stessa non è certo di

⁵⁹ Sentenza, punto 102, che richiama le conclusioni dell'Avvocato generale, punto 80.

⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale, punto 85.

⁶¹ Almeno secondo una impostazione originaria (cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, 445). Cfr. anche, al riguardo, A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo*, in *RIDPC*, 5, 2018, 779 ss.

⁶² Corte giust., 21 gennaio 1999, in causa C-120/97, *Upjohn*, ECLI:EU:C:1999:14, punto 34.

⁶³ Mi riferisco a quella giurisprudenza che riconosce che il “*giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma anche ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono*” (Corte giust., Grande sezione, 15 febbraio 2005, in causa C-12/03P, *Commissione c. Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2005:87; cfr. anche Trib., 28 aprile 2010, in causa T-446/10, *Dow AgroSciences e Dintec Agroquímica – Produtos Químicos c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:639, punti 130 e 131, e Trib., 17 settembre 2007, in causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289, punto 88).

Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte nella valutazione dei fatti e delle prove ed anche in ordine alla portata dell'errore manifesto, cfr. P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., 463 ss.

full jurisdiction, secondo i criteri individuati al riguardo dalla Corte EDU⁶⁴. Infatti, vuoi per la complessità delle valutazioni tecniche, vuoi per la preparazione essenzialmente giuridica dei giudici dell'Unione, vuoi per ragioni meramente prudenziali, gli apprezzamenti tecnici complessi della Commissione non possono essere assoggettati ad un controllo pieno, diretto e potenzialmente sostitutivo da parte del Tribunale e della Corte. Il che pare alquanto riduttivo. Sarebbe come arrendersi alla concezione dell'*ipse dixit*, che, come è noto, è disconosciuta (ed anzi stigmatizzata) dalla giurisprudenza della Corte EDU⁶⁵.

Del resto, seppur si tratta di impostazione consolidata del Giudice dell'Unione, non sono mancate aperture, che la sentenza in commento dimostra di non apprezzare nella loro ampia portata. Proprio le sentenze richiamate dal Comune di Milano, pur in tema di intese contrarie alle regole della concorrenza, hanno enunciato principi di un sindacato molto più incisivo, anche se rigorosamente limitato al controllo di legittimità e non di merito.

Ivi si legge infatti che *“Il Giudice dell'Unione ha il compito di effettuare il controllo di legittimità ad esso incombente sulla base degli elementi prodotti dalle ricorrenti a sostegno dei loro motivi. In occasione di tale controllo, il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti, né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto.*

*Il controllo di legittimità è completato dalla competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell'Unione dall'art. 17 del regolamento n. 17 e attualmente dall'art. 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'art. 261 TFUE”*⁶⁶.

7. Il giudizio di legittimità e la giurisprudenza della Corte EDU

Come si può constatare, quest'ultima giurisprudenza ricollega il *“controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto”* pur sempre ad un sindacato di legittimità e, sotto questo profilo, enuncia principi ben diversi da quelli (tradizionali) della sentenza in commento. Sicché il punto critico finisce per essere quello di stabilire

⁶⁴ Come è stato giudicato, ad esempio, con riferimento alla *Hight Court* inglese, in quanto priva del potere di rivalutare le prove e di sostituire le valutazioni contestate con le proprie (Corte EDU, 14 novembre 2006, proc. n. 60860/00, *Tsfayo c. Regno Unito*).

⁶⁵ Infatti, *“The right guaranteed an applicant under Article 6, § 1, of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by ipse dixit of the executive”* (Corte EDU, 10 luglio 1998, proc. N. 20390/92 e 21322/92, *Tinnelly and Sons Ltd and Others and McElduff and Others c. Regno Unito*, par. 77).

⁶⁶ Così Corte giust., 8 dicembre 2011, in causa C-272/09P, *KME Germany e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:810 punti 102-103. Dello stesso tenore Corte giust., 8 dicembre 2011, in causa C-386/10P, *Chalkor c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:815, punti 62-63.

se un sindacato completo in fatto e in diritto di valutazioni tecniche complesse sia o meno compatibile con il giudizio di legittimità⁶⁷.

Si tratta di questione teorica di ordine generale⁶⁸, che chiaramente fuoriesce dalle presenti note.

Qui si può solo constatare che se un errore in dette valutazioni può ripercuotersi in una violazione della norma di riferimento (nella specie, quella che vieta gli aiuti di Stato), detto errore comporta un vizio di legittimità, sia nel caso in cui esso sia manifesto, sia nel caso che, ancorché non manifesto, sia comunque sussistente (eventualmente alla luce di una perizia tecnica all'uopo disposta). Perché non solo nel primo caso, ma anche nel secondo, detto errore comporta l'applicazione di una norma inconferente al caso di specie e, dunque, un vizio di legittimità, come tale rientrante nei parametri consueti dell'art. 263, c. 2, del TFUE.

Si tratterebbe dunque di un sindacato (di legittimità) più intenso di quello che è generalmente accordato dal Giudice dell'Unione. Il che può ben essere spiegato utilizzando categorie ben note nella giurisprudenza (anche nazionale), che distingue tra sindacato "estrinseco" e "debole" della c.d. discrezionalità tecnica e sindacato viceversa "intrinseco" e "forte": intendendo con quest'ultimo un controllo che consenta al giudice anche di sostituire la propria valutazione tecnica a quella già effettuata dall'amministrazione⁶⁹.

⁶⁷ In sede nazionale il Consiglio di Stato (sentenza 4990/2019, cit.) è pervenuto alle seguenti conclusioni: *"gli elementi descrittivi del divieto di intesa anticompetitiva, anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di "fatto storico" accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto "mediato" dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie. Lo dimostra il fatto che, nelle azioni risarcitorie c.d. stand alone (ossia non procedute da una decisione dell'Autorità), il giudice civile -sia pure ai fini risarcitori- è chiamato a verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell'illecito, senza che occorra alcuna intermediazione di potere pubblico.*

La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è un'attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità".

⁶⁸ Anche se talvolta si parla di *"opportunité technique ou politique d'une mesure"*, come limite al sindacato del Giudice, dato che *"les aspects extra-juridiques admissibles limitent le contrôle du juge"* (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2009, 315).

⁶⁹ Cfr., per tutti, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 152 ss.

Cfr. anche F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 121 e

Il problema così si collega alla tematica, più generale, della compatibilità dei limiti del sindacato estrinseco con la giurisprudenza della Corte EDU. La quale impone un sindacato pieno (*pleine jurisdiction*) e come tale completo in fatto e in diritto, almeno nei casi in cui la valutazione tecnica complessa costituisca il nucleo centrale della controversia,⁷⁰.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, ogni “tribunale” dovrebbe poter decidere su ogni questione di fatto e di diritto, con possibilità di sostituirsi nelle valutazioni operate dalle autorità pubbliche, senza trovare una preclusione nelle relative determinazioni. Tale ampiezza di sindacato vale anche nel caso di valutazioni tecniche complesse, dato che non si può ammettere – a meno di non rinunciare al nucleo centrale delle garanzie del giusto processo- che sia l’amministrazione (e non il giudice) a dire l’ultima parola in ordine ai presupposti dell’esercizio del potere⁷¹. Infatti, secondo la Corte EDU, risultano in contrasto con l’art. 6, par. 1, della Convenzione “*i casi nei quali le giurisdizioni nazionali non sono state in grado ovvero hanno rifiutato di esaminare una questione centrale della lite perché esse si consideravano vincolate dalle constatazioni di fatto o di diritto delle autorità amministrative ed era impedito loro di procedere ad un esame indipendente di tali questioni*”⁷².

La problematica pare dunque più generale, comportando una chiara definizione dei rapporti tra diritto dell’Unione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo e della relativa vincolatività⁷³. Inoltre implica un preciso inquadramento della fattispecie tra le categorie rilevanti per la Corte EDU (quella delle

giurisprudenza ivi citata. Con l’avvertenza però che detto sindacato “forte” è (prevalentemente) escluso per le scienze non esatte, data l’opinabilità del risultato. In tal caso, si dice, si tratta di apprezzamenti tecnici “riservati” all’amministrazione e come tali non superabili in giudizio.

⁷⁰ Cfr., per tutti, G. RAIMONDI, Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo, nel saggio *L’intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 9 ss.

⁷¹ Ad esempio è stato giudicato che “*Although [...] the decision to be taken necessarily had to be based on technical data of great complexity – a fact does not in itself prevent Article 6 being applicable – the only purpose of the data was to enable the Federal Council to verify whether the conditions laid down by law for the grant of an extension had been met*” (Corte EDU, 26 agosto 1997, proc. 22110/93, *Balmer Schafroth and Others c. Svizzera*, par. 37).

⁷² Così G. RAIMONDI, *L’intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 19

⁷³ Cfr., per tutti, L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 199 ss.; I. ANRÒ, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU. L’evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015. Cfr. anche E. BERRY, M. J. HOMEWOOD e B. BOGUSZ, *EU Law*, Oxford, 2019, 447 ss. Anche quest’ultimo manuale ripercorre le tappe dell’incompiuto percorso di adesione alla CEDU e conclude nei seguenti termini: “*However, while the range of rights protected under EU law looks impressive, their real value can be assessed only by reference to their enforceability. There are a number of unresolved questions over how the Charter will be interpreted, in particular its relationship to ECHR as interpreted by the ECtHR, and its application to the Member States. Its also remains to be seen when EU accession to the ECHR will occur, and how it will work in substantive and procedural terms*” (455).

sanzioni amministrative equiparabili alle penali, ovvero quella dei diritti civili incisi da statuizioni dell'autorità amministrativa).

In linea di prima approssimazione, peraltro, il tema degli aiuti di Stato e della relativa repressione da parte della Commissione (*public enforcement*) non pare sfuggire all'ambito di applicazione della Convenzione⁷⁴. Sicché il contrasto interpretativo in ordine alla intensità del sindacato giurisdizionale pare sussistente e merita o prima o poi di essere definitivamente superato.

8. *Brevi considerazioni finali*

In chiusura, credo sia opportuno farsi carico di due possibili obiezioni che le note che precedono potrebbero suscitare. La prima riguarda l'applicazione dell'istituto dell'*in house* al di fuori del suo ambito materiale di origine (è quanto si è suggerito a proposito degli aspetti relativi al carattere "pubblico" delle risorse impiegate e all'imputabilità della misura all'ente pubblico di riferimento: *supra*, par. 2 e 3). La seconda riguarda la conciliabilità di tale assunto con la opposta conclusione raggiunta a proposito del rapporto tra l'ente erogatore dell'aiuto ed il beneficiario della misura (*supra*, par. 4 e 5).

Ora, indubbiamente l'istituto dell'*in house*, è stato concepito ed elaborato dalla Corte di giustizia nel settore dei appalti pubblici ed è stato poi positivizzato anche con riferimento alle concessioni, mentre non pare trovare cittadinanza nel diverso settore degli aiuti di Stato⁷⁵. Ma non si tratta certo di mondi diversi, senza reciproche interferenze.

⁷⁴ Trattandosi pur sempre di statuizioni vincolanti di un'autorità amministrativa incidenti su (e, dunque, "determinativo" di) un "diritto civile". Anche in tal caso, secondo la Corte EDU, dovrebbero essere applicate le garanzie del giusto processo (cfr. sul tema anche M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 36 ss.). Se tali garanzie non sono assicurate dalla stessa Autorità amministrativa (equiparabile ad un "tribunale" ex art. 6 CEDU), non potranno che essere assicurate in sede giurisdizionale. Cfr. sul punto Corte Edu, 28 maggio 2002, proc. n. 34605/97, *Kingsley c. Regno Unito*, par. 32: "Even where an adjudicatory body determining disputes over "civil rights and obligations" does not comply with Article 6 § 1, there is no breach of the Convention if the proceedings before that body are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1".

E ancora, "The Court recalls that even where an adjudicatory body determining disputes over "civil rights and obligations" does not comply with Article 6 § 1 in some respect, no violation of the Convention can be found if the proceedings before that body are "subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1" (*Albert and Le Compte c. Belgium*, 10 February 1983, § 29, Series A no. 58)" (Corte EDU, 27 ottobre 2009, proc. n. 42509/05, *Crompton c. Regno Unito*, par. 70).

⁷⁵ Significativa al riguardo è la Direttiva 2014/23/UE, in tema appunto di contratti di concessione. La quale, da un lato, riconosce la libertà degli Stati membri "di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi".

Come si è ricordato, l'istituto dell'*in house* sintetizza un fenomeno di immedesimazione organica tra due soggetti formalmente distinti, ma sostanzialmente unitari. Sicché dal punto di vista concettuale non può che essere trasversale, nel senso che esso pare potenzialmente rilevante in vari settori disciplinari, tutte le volte che si possa registrare un analogo assetto dei rapporti e tutte le volte che non risulti incompatibile con la disciplina di diritto positivo.

Nel settore degli aiuti di Stato mi pare di poter riscontrare tali condizioni per i profili relativi ai rapporti tra ente erogatore di aiuti di Stato ed ente pubblico di appartenenza, con la conseguenza di poter pianamente imputare al secondo l'attività e le risorse del primo. La disciplina degli aiuti di Stato, viceversa, risulta incompatibile con l'*in house*, per quel che concerne i rapporti tra ente erogatore ed ente beneficiario degli aiuti, che sono necessariamente rapporti intersoggettivi e presuppongono l'alterità dei due soggetti: sicché si potrebbe pensare (e si giunge così alla seconda possibile obiezione) che proprio detta disciplina positiva finisca per confutare le premesse stesse dell'*in house*.

In realtà non pare che sia così. Pare piuttosto che si passi da un rapporto di immedesimazione organica ad un rapporto di distinzione soggettiva, proprio a seguito della violazione delle regole del mercato e del divieto di fornire vantaggi economici selettivi (idonei a falsare la concorrenza e ad incidere sugli scambi tra Stati membri).

Infatti, l'indistinzione dell'*in house* non può costituire uno schermo per consentire ogni tipo di operazione priva di razionalità economica a vantaggio della società controllata. In tal caso si realizzerebbe un abuso del rapporto interno tra i protagonisti della vicenda e si finirebbe per eludere nel contempo il divieto di erogazione degli aiuti di Stato.

Da qui la inapplicabilità del modello.

Ma non si tratta certo di fenomeno nuovo. Infatti, l'esperienza giuridica in tema di imputazioni soggettive ben conosce (almeno a livello nazionale) casi in cui il rapporto organico "si spezza", tutte le volte in cui la normativa di riferimento impone di considerare separatamente le relative componenti, al ricorrere di talune circostanze. Si tratta, ad esempio, della vicenda che si verifica in materia di responsabilità civile propria dei dipendenti pubblici, allorché per dolo o colpa grave del dipendente stesso la responsabilità extracontrattuale non risulti più ascrivibile (in base al rapporto organico) alla sola amministrazione.

(5° considerando), d'altro lato precisa che "*la presente direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi di interesse economico generale o le sovvenzioni concesse dagli Stati membri*" (6° considerando). Da un lato, dunque, legittima pienamente l'affidamento *in house* (espressamente contemplato e precisato nell'art. 17 della medesima direttiva), d'altro lato non si occupa a questo proposito della interferenza con gli aiuti di Stato (a differenza di quanto avviene, ad esempio, a proposito della libertà di definire i servizi di interesse economico generale, che devono comunque essere organizzati "*in conformità delle regole degli aiuti di Stato*", art. 4 della direttiva).

Analoga vicenda sembra verificarsi nel caso di aiuti di Stato erogati ad una società *in house*. Con la conseguenza che il soggetto *in house* riacquista per ciò solo una sua distinta soggettività, non solo dal punto di vista formale, ma anche da quello sostanziale.

Va soggiunto, infine, che la disciplina degli aiuti di Stato non solo non risulta condizionata, per tali profili, dalle logiche che consentono l'affidamento diretto alla società *in house*, ma anzi può ripercuotersi essa sulla legittimità di detto affidamento diretto (almeno nel caso di contestualità delle misure)⁷⁶. È chiaro, infatti, che se detto affidamento diretto comporta un aiuto di Stato non consentito (ad esempio, perché non ragguagliato ai parametri indicati dalla giurisprudenza *Altmark* e relativi ai costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente⁷⁷), lo

⁷⁶ Per un caso di possibile illegittimità dell'affidamento diretto *in house* per violazione della disciplina sugli aiuti di Stato, si può vedere Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 7 marzo 2022, n. 1620, cit., sub. quesito n. 4. Infatti con tale quesito alla Corte di giustizia il Consiglio di Stato ha chiesto “se gli articoli 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci anni, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore”.

Nella specie, come si evince dalla motivazione, il Consiglio di Stato si è basato (trattandosi di possibili sovracompensozioni) sulla giurisprudenza *Altmark* (cfr. punto 140 dell'ordinanza), di cui si farà più ampio cenno nella nota successiva.

⁷⁷ Che si riferisce, tra l'altro, al caso in cui “la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico [...] non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività”.

In tal caso -che ricorre in tutte le ipotesi di affidamento diretto del servizio (e, dunque, anche per l'affidamento *in house*)- occorre che “il livello della necessaria compensazione deve essere 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 dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi?”. In caso contrario -e, dunque, se non vi è stata tale commisurazione ai costi di un'impresa media gestita in modo efficiente- “l'intervento statale [...] dovrà essere ritenuto un aiuto di Stato” (Cfr. Corte giust. 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark*, ECLI:EU:C:2003:415, punti 88-94).

In altri termini, in caso di affidamento diretto, il *discrimen* tra operazione consentita (in quanto racchiusa nel rapporto di immedesimazione organica) e aiuto di Stato si basa sull'osservanza o meno del criterio dell'“impresa media efficiente”. Con la conseguenza che nel secondo caso vi sarà aiuto di Stato non consentito anche nell'ipotesi di affida-

stesso non potrà che essere considerato illegittimo, con le conseguenze caducatorie del caso.

Non si tratta, dunque, di mondi diversi, ma di settori disciplinari interconnessi e necessariamente coordinati, o comunque coordinabili, come la giurisprudenza Altmark dimostra.

Abstract

La nota si occupa di un aiuto di Stato intercorso tra società appartenenti allo stesso gruppo societario. Per chiarire la natura “pubblica” delle risorse utilizzate e la loro imputabilità allo Stato, la nota suggerisce l’inquadramento del caso concreto nell’ambito dell’istituto della c.d. società “in house”. Il che non esclude l’applicazione del criterio dell’investitore privato in economia di mercato, idoneo a superare – se disatteso – l’indistinzione tipica delle società “in house”.

State aid between companies belonging to the same corporate group
Substantive and procedural aspects

The essay deals with a State aid case between companies belonging to the same corporate group. To clarify the concepts of ‘State resources’ and the measure imputable to the State, the essay suggests framing the concrete case within the framework of the so-called “in-house” company. This does not rule out the application of the private investor test in normal market conditions, which – if disregarded – can overcome the indistinction typical of “in-house” companies.

Parole chiave: Aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo – Nozioni di “risorse statali”, di “misura imputabile allo Stato” e di “vantaggio economico” – Principio dell’operatore privato – Criterio dell’investitore privato – Onere della prova – Intensità del controllo giurisdizionale

Keyword: State aid in the Air transport sector – Concepts of ‘State resources’, ‘measure imputable to the State’ and ‘economic advantage’ – Private investor test – Burden of proof – Intensity of judicial review

mento *in house* e che dunque in tal caso non potrà essere fatta valere l’immedesimazione dei due soggetti per escludere l’aiuto illecito.

Cfr. pure Corte giust., 8 maggio 2013, in cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*, ECLI:EU:C:2013:288, punti 87-92, che ha esteso il principio a tutti i casi di affidamento diretto di un servizio.