

La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato ¹

di Antonio Brancasi

Sommario: 1.- Il dato normativo; 2.- Dalla concorrenza come libertà alla concorrenza come struttura del mercato; 3.- La concorrenza come efficienza allocativa; 4.- Il rapporto tra le varie concezioni di concorrenza e le differenti condizioni di compatibilità degli aiuti di Stato; 5.- I dubbi lasciati irrisolti dalla attuazione del Trattato; 6.- Il sicuro riconoscimento del fallimento della concorrenza.

1.- Il dato normativo

Bisogna riconoscere che, ad un esame più attento, non è affatto semplice definire con precisione il regime giuridico a cui sono sottoposti gli aiuti che gli Stati membri intendono erogare alle imprese. Questa difficoltà dipende da due fattori. Per un verso, vi sono gli incerti esiti forniti dalla esegesi delle norme: la disciplina europea, dal Trattato di Roma fino all'attuale TFUE, si presta, sul piano letterale, a molteplici interpretazioni, più o meno convincenti ma comunque plausibili. Per altro verso, questa disciplina suscita anche interrogativi di sistema che investono il significato stesso dei concetti che utilizza; interrogativi che le disposizioni del Trattato lasciano senza risposta e la cui soluzione è invece decisiva per avvalorare alcune variabili di interpretazione letterale.

Iniziando l'esame da queste variabili, bisogna preliminarmente constatare che a vietare implicitamente gli aiuti di Stato è certamente la disposizione secondo cui la Commissione "decide che lo Stato interessato deve sopprimer(e)" l'aiuto nel caso in cui constati che questo è incompatibile con il mercato comune (art 108 par. 2). Dalla disposizione si può ricavare con certezza che vi è una stretta corrispondenza tra aiuti vietati ed aiuti incompatibili con il mercato comune: l'aiuto vietato è quello incompatibile e l'aiuto incompatibile è necessariamente vietato.

¹) Questo studio è dedicato ad Alberto Romano ed è destinato allo scritti in suo onore

L'incompatibilità consiste poi, ai sensi dell'art 107 par. 1, nel falsare o minacciare di falsare la concorrenza e nell'incidere sugli scambi tra gli Stati membri: la formulazione della norma sembrerebbe lasciar intendere che devono ricorrere entrambe le caratteristiche affinché si possa ritenere incompatibili misure di aiuto ². A questi pochi dati sufficientemente sicuri fanno poi seguito numerosi interrogativi lasciati, in varia misura, irrisolti dalla formulazione letterale di queste e delle altre disposizioni sugli aiuti di Stato contenute nel Trattato.

Una prima questione è se tutti gli aiuti falsano o minacciano di falsare la concorrenza (*interpretazione I/a*) oppure incidono sugli scambi (*interpretazione I/b*) o, ancora, producono di per sé entrambi gli effetti (*interpretazione I/c*): ad un esito del genere sarebbe possibile pervenire sostenendo che la previsione di queste due caratteristiche ha il senso di giustificare il perché gli aiuti, tutti gli aiuti, sono sottoposti alle particolari limitazioni dell'ordinamento comunitario. In base a questa interpretazione, l'applicazione della norma non richiederebbe alcun scrutinio circa l'impatto dell'aiuto sulla concorrenza e/o sugli scambi, perché tale impatto sarebbe stato già accertato, una volta per tutte e con un giudizio positivo, dalla norma del Trattato. Unico scrutinio da effettuare sul punto, in sede applicativa, riguarderebbe la possibilità o meno di ascrivere la misura considerata alla categoria degli aiuti.

La formulazione letterale dell'art 107 par. 1 sembrerebbe escludere una spiegazione del genere allorché dichiara incompatibili gli aiuti che "falsino o minaccino di falsare la concorrenza" e "nella misura in cui incidono sugli scambi", lasciando così intendere che nessuna delle due precisazioni ha una funzione esplicativa, del perché di questo regime, quanto piuttosto servono entrambe a delimitarne l'ambito di applicazione. Seguendo questa interpretazione, che appare la più convincente a livello letterale, non tutti gli aiuti avrebbero l'effetto di falsare la concorrenza e/o di incidere sugli scambi tra gli Stati membri (*interpretazione II*), con la conseguenza che soltanto aiuti suscettibili di produrre effetti del genere

²) Ma G.Palmeri, *Gli aiuti di Stato alle attività produttive ed il loro regime comunitario*, Maggioli, Rimini 1992 p. 74 sembra ritenere sufficiente ricorra anche soltanto una delle due caratteristiche

potrebbero essere considerati incompatibili e potrebbero essere vietati. In base a questa interpretazione l'applicazione della norma richiederebbe sempre una valutazione dell'impatto dell'aiuto sulla concorrenza e/o sugli scambi tra gli Stati membri.

Ulteriore, e più grave, questione è capire se tutti gli aiuti che falsano la concorrenza e/o incidono sugli scambi sono o meno incompatibili. Questione questa su cui qualche indicazione sembrerebbe fornita dalle disposizioni che, in vario modo, circoscrivono la portata delle limitazioni prescritte dal Trattato agli aiuti di Stato

Al riguardo, l'art 107 elenca una serie di ipotesi in cui non opera il divieto di aiuti di Stato. La prima consegue dalla previsione che fa salve "le deroghe contemplate dal presente Trattato" (par. 1): la norma ha il senso di escludere l'applicazione della disciplina generale degli aiuti in presenza di una disciplina speciale e, siccome la prima riguarda gli aiuti concessi dagli Stati membri, la seconda deve riguardare anch'essa il medesimo tipo di aiuti. Ciò significa che la deroga non attiene agli aiuti erogati direttamente dalla Comunità o per conto di essa, che del resto non abbisognano comunque di alcuna deroga, ma riguarda gli aiuti concessi dagli Stati in settori coperti da una disciplina speciale, quale quella prevista per l'agricoltura (art 42), per i trasporti (art 93) e per la sicurezza nazionale (art 346). A questa ipotesi bisogna in parte (e soltanto in parte) ascrivere anche l'apposita disciplina prevista per i servizi di interesse economico generale (art 106 par. 2): in questo caso si tratta però di una deroga diversa dalle precedenti, perché, a differenza di queste, le disposizioni a tutela della concorrenza (e tra queste logicamente anche il divieto di aiuti di Stato) continuano ad applicarsi ai gestori di tali servizi, ma ciò avviene (e qui sta appunto la possibilità di una deroga, che però va costruita in relazione al caso specifico) a condizione non siano di ostacolo all'adempimento della missione loro affidata.

Vi sono poi gli aiuti dichiarati compatibili con il mercato comune direttamente dalla norma (par 2). Si tratta degli "aiuti a carattere sociale concessi ai

singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti"; nonché degli "aiuti destinati ad ovviare a danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali" (il riferimento allo scopo di "ovviare" dovrebbe lasciar intendere che, per essere compatibili, questi aiuti devono avere un importo non superiore a quanto necessario a ristabilire la situazione esistente prima dell'evento dannoso); ed infine la fattispecie degli aiuti alle regioni della Repubblica federale tedesca che risentono della divisione delle due Germanie (in questo caso è invece espressamente precisato che per essere compatibili è necessario che il loro importo non superi quanto necessario a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione)³. Non è affatto chiaro, stando alla formulazione della norma, se questi aiuti sono dichiarati *ipso iure* compatibili per il fatto che lo stesso legislatore ha accertato, una volta per tutte, che non presentano le caratteristiche per essere incompatibili e quindi per essere vietati (*interpretazione III/a*); oppure per il fatto che sono ammessi dal legislatore nonostante (o quanto meno indipendentemente dal) la loro caratteristica di falsare o minacciare di falsare la concorrenza e/o di incidere sugli scambi tra gli Stati membri (*interpretazione III/b*).

E' evidente che la prima di queste due interpretazioni (quella *III/a*) è compatibile con l'*interpretazione II*, tanto che, considerate congiuntamente, starebbero ad indicare che, siccome non tutti gli aiuti falsano o minacciano di falsare la concorrenza né incidono necessariamente sugli scambi tra gli Stati membri, è inevitabile dover accertare di volta in volta la sussistenza di queste caratteristiche; accertamento che, una volta per tutte e con esito negativo, sarebbe stato appunto effettuato dal legislatore con riguardo alle categorie elencate dalla norma. Ma questa interpretazione è compatibile anche con le *interpretazioni I*, tanto che, considerate unitariamente, starebbero ad indicare che, sebbene in via generale tutti gli aiuti falsano o minacciano di falsare la concorrenza ed incidono sugli scambi tra gli Stati membri, nello specifico ve ne sono alcuni, quelli appunto

³) E' poi previsto che "cinque anni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga " questa ipotesi.

elencati dall'art 107 par. 2, che fanno eccezione a questa regola nel senso che non presentano caratteristiche del genere. A maggior ragione anche l'*interpretazione III/b* è compatibile con le *interpretazioni I e II*, giacché l'affermazione che certi aiuti, quelli appunto elencati dall'art 107 par.2, sono comunque compatibili e non sono comunque vietati, anche se (ed a prescindere dalla circostanza che non) falsano o minacciano di falsare la concorrenza e/o incidono sugli scambi tra gli Stati membri, nulla aggiunge e nulla toglie al fatto che l'art 107 par. 1 stabilisce che tutti gli aiuti o soltanto alcuni presentano la caratteristica di falsare o minacciare di falsare la concorrenza e/o di incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

Comunque sia, le due differenti spiegazioni degli aiuti *ipso iure* compatibili presentano un limitato rilievo pratico, perché, quale sia il motivo in considerazione del quale il legislatore li ha dichiarati compatibili, alla Commissione rimane in ogni caso il compito di accertare che le misure via via prese in considerazione presentino le caratteristiche di una delle tre tipologie previste dalla norma.

Vi sono poi gli aiuti che possono essere considerati compatibili dalla Commissione (art 107 par. 3) e, a questo riguardo, la norma contiene un elenco di tipologie di aiuti per i quali è possibile questo trattamento. Si ripropongono, in questo modo, le due spiegazioni viste a proposito degli aiuti *ipso iure* compatibili e si ripropongono con un rilievo pratico ben maggiore.

Una prima lettura (*interpretazione IV/a*) potrebbe essere nel senso che, come il legislatore con il par. 2 ha inteso accertare una volta per tutte che gli aiuti ivi indicati non falsano o minacciano di falsare la concorrenza né incidono sugli scambi tra gli Stati membri, così con il par. 3 ha voluto precisare che caratteristiche del genere le possono presentare, anche ed esclusivamente, gli aiuti delle categorie ivi elencate. Il *poterli* (invece di *doverli*) considerare compatibili starebbe ad indicare che la Commissione, cui è riservata questa funzione, deve di volta in volta verificare l'impatto degli aiuti di queste categorie sulla concorrenza e/o sugli scambi tra gli Stati membri, dopo logicamente aver accertato che si tratta comunque di aiuti ascrivibili alle categorie elencate dalla norma. Ed infatti, siccome secondo

questa lettura la compatibilità o meno degli aiuti dipende esclusivamente dagli effetti che questi esercitano sulla concorrenza e/o sugli scambi, le ipotesi in cui devono (par. 2), o possono (par. 3), essere considerati compatibili sono le uniche in cui si può dare il caso che effetti del genere non siano prodotti. In altri termini, seguendo questa spiegazione, bisognerebbe escludere che, fuori dalle tipologie elencate dalle due norme (par. 2 e par. 3), possono esistere aiuti che non falsano o minacciano di falsare la concorrenza e/o che non incidono sugli scambi tra gli Stati membri: ciò significa, però, che questa lettura risulta compatibile soltanto con le *interpretazioni I*, nel duplice senso che fuori dalle ipotesi dei par. 2 e 3 non sarebbe dato altro scrutinio oltre a quella relativo alla possibilità o meno di ascrivere la misura considerata alla categoria degli aiuti e che lo scrutinio circa l' idoneità a falsare e/o incidere sugli scambi tra gli Stati membri si renderebbe necessario esclusivamente per le ipotesi del par. 3 e dopo aver ascritto la misura considerata alla categoria degli aiuti ⁴.

Una seconda lettura (*interpretazione IV/b*), di segno completamente opposto, è nel senso che la compatibilità può essere riconosciuta anche ad aiuti che falsano o minacciano di falsare la concorrenza e che incidono sugli scambi tra gli Stati membri. Evidentemente viene abbandonata in questo caso l'idea di un unico parametro su cui valutare la compatibilità degli aiuti e, al parametro degli effetti esercitati appunto sulla concorrenza e sugli scambi, viene aggiunto quello della finalità ed idoneità dell'aiuto a realizzare i valori sottesi a ciascuna delle tipologie elencate dalle due norme (par. 2 e par. 3). Questa spiegazione può essere associata sia alle *interpretazioni I* che alla *interpretazione II*. Nel primo caso, tutti gli aiuti, salvo le ipotesi del par. 2 (secondo l'*interpretazione III/a*), presenterebbero la caratteristica di alterare la concorrenza e/o di incidere sugli scambi tra gli Stati membri, per cui l'unico scrutinio, oltre a quello relativo alla qualificazione della misura come aiuto, riguarderebbe le finalità perseguite. Nel secondo caso, il giudizio di compatibilità

⁴) Per le misure previste dal par. 2 lo scrutinio avrebbe invece ad oggetto la possibilità o meno di ascrivere la misura considerata, oltre che alla categoria degli aiuti, alle tipologie considerate dalla norma

dell'aiuto dovrebbe farsi carico, in sequenza, di due diversi scrutini: in primo luogo, la valutazione circa gli effetti sulla concorrenza e sugli scambi e soltanto in un secondo momento, nel caso in cui sia riscontrata la sussistenza di effetti del genere, la verifica che, ciò nonostante, l'aiuto sia da considerare compatibile per gli ulteriori effetti che esso è in grado di produrre in coerenza con gli obiettivi indicati dalla norma (par. 3). Evidentemente dietro un meccanismo del genere vi è l'idea che la fiducia riposta dal legislatore nella concorrenza e/o negli scambi tra gli Stati membri non è assoluta e che rispetto a certi bisogni il giudizio di fallimento del mercato è definitivo (par. 2) mentre rispetto ad altri bisogni un giudizio del genere è semplicemente una possibile eventualità (par. 3).

Logicamente, secondo queste due interpretazioni (la IV/a e la IV/b), il ruolo della Commissione sarebbe ben diverso. Nell'un caso (*interpretazione IV/a*) essa dovrebbe semplicemente accertare l'impatto sulla concorrenza e sugli scambi delle misure di aiuto prese in considerazione, esercitando in tal modo una sorta di discrezionalità tecnica. Nell'altro caso (*interpretazione IV/b*) la Commissione sarebbe invece chiamata ad esercitare anche una sorta di discrezionalità politico-amministrativa, in quanto dovrebbe contemperare gli interessi contrapposti, da un lato, alla unificazione del mercato e/o al suo assetto concorrenziale e, dall'altro, alla soddisfazione dei bisogni, elencati dalle due norme, che talvolta risultano sacrificati dalle logiche con cui il mercato funziona. Il ruolo della Commissione sarebbe poi diverso anche a seconda si tratti degli aiuti *ipso iure* compatibili (par. 2) oppure di quelli che possono essere riconosciuti compatibili (par. 3): alla sua discrezionalità (tecnica o politico-amministrativa che sia ⁵) nel caso del par 3, si contrapporrebbe, nell'applicazione del par. 2, una attività di mero riscontro delle caratteristiche presenti nelle misure di aiuto prese in considerazione e di semplice verifica della

⁵) C.Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Cedam, Padova 2000, pp. 117 ss .rileva l'ampia discrezionalità riconosciuta alla Commissione nel concedere le deroghe al divieto di aiuti: discrezionalità che consentirebbe "una operazione di bilanciamento tra effetti negativi derivanti dalla concessione degli aiuti ed eventuali effetti positivi, derivanti dall'aiuto stesso in relazione ad interessi particolari (locali o di settore economico) rilevanti per la comunità"; ciò nonostante l'A. assimila questa discrezionalità a quella di tipo tecnico ben nota al nostro diritto amministrativo nazionale.

possibilità di ascrivere tali misure alle tipologie giudicate (poco importa per quale motivo) dal legislatore compatibili.

Bisogna peraltro riconoscere che, tra queste due spiegazioni degli aiuti che possono essere considerati compatibili (par. 3), sembra più conforme al dato testuale quella (*interpretazione IV/b*) che incentra la valutazione, da effettuare al riguardo, su profili che non attengono alla tutela della concorrenza e degli scambi tra gli Stati membri e che riguardano invece il perseguimento di valori che con le logiche del mercato hanno ben poco a che vedere. In tal senso depongono, in primo luogo, le tipologie richiamate dalla norma nell'elenco negli aiuti che possono, appunto, essere considerati compatibili. Vi si parla, infatti, di aiuti la cui caratteristica non è certamente quella di non falsare o minacciare di falsare la concorrenza e/o di non incidere sugli scambi, quanto piuttosto di perseguire finalità sociali o di atteggiarsi a strumento per orientare e condizionare il mercato verso politiche considerate positivamente dal TFUE ⁶: basti pensare che tra queste categorie vi è quella degli "aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni dove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione" [par. 3 lett. a)].

Ciò è, inoltre, confermato dalla circostanza che relativamente ad alcune di queste tipologie ["gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche" (lett. c) e "gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio" (lett. d)] è precisato che la compatibilità è comunque subordinata a che non siano alterate le condizioni degli scambi e della concorrenza "in misura contraria all'interesse comune". Il senso di una precisazione del genere non è certo di limitare la portata permissiva di queste disposizioni al caso in cui la concorrenza non sia falsata e gli scambi non siano influenzati, giacché per ipotesi del genere non vi sarebbe bisogno di alcuna norma permissiva, vista la regola generale che per essere incompatibili gli aiuti devono

⁶) La casistica elencata dal par. 3 dell'art 107 riguarda le finalità perseguite dalle misure di aiuto ed è in relazione a queste, ed ai valori a queste sottesi, che la Commissione deve valutare la compatibilità delle misure sottoposte al suo esame.

comunque esercitare effetti negativi sulla concorrenza e/o sugli scambi. La spiegazione più convincente è che la Commissione nel valutare la compatibilità degli aiuti deve contemperare, fin dove possibile, gli interessi caratteristici del mercato (quali quelli all'assetto concorrenziale ed alla liberazione degli scambi tra gli Stati membri) con interessi che, proprio perché da contemperare con i primi, sono rispetto a questi differenti.

Viceversa non è possibile attribuire un significato univoco alla circostanza che l'elenco degli aiuti che possono essere considerati compatibili si concluda, residualmente, con la previsione di "altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione" [par. 3 lett. e)]. Si può pensare che (coerentemente alla *interpretazione IV/a*) questo potere sia conferito al Consiglio per metterlo in grado di accertare che ulteriori tipologie di aiuti sono in grado di non falsare la concorrenza e/o di non incidere sugli scambi. Oppure (e questa è la lettura più convincente perché coerente con l'*interpretazione IV/b*) il riconoscimento di questo potere starebbe ad indicare che sono compatibili anche gli aiuti rivolti a conformare il mercato alle politiche pubbliche, qualora queste politiche siano quelle indicate direttamente dal TFUE, come nel caso delle altre tipologie elencate dalla norma [par. 3 lett. a), b), c) e d)], oppure si tratti di quelle predeterminate dal Consiglio su proposta della Commissione, come in questo caso [par. 3 lett. e)]; comunque, in entrambe le ipotesi, risulterebbe consentito agli Stati membri istituire aiuti, anche con un impatto negativo sull'assetto concorrenziale e sugli scambi, purché sulle politiche economiche perseguite vi sia una convergenza di intenti con la Comunità.

2.- Dalla concorrenza come libertà alla concorrenza come struttura del mercato

Quanto poi agli interrogativi di sistema che si diceva, essi riguardano la questione di fondo di quale debba essere l'impatto sul mercato di un aiuto per poterlo considerare compatibile o meno e quindi per poterlo ritenere vietato o consentito. Si è visto che le norme del Trattato parlano di alterazione della

concorrenza e di incidenza sugli scambi tra gli Stati membri; non precisano però quale sia la nozione di concorrenza ⁷ che questi divieti intendono tutelare.

A rischio di un eccessivo schematismo, si può dire che una prima concezione di concorrenza ruota, in vario modo, attorno all'idea che essa è fattore di libertà ⁸. Strumento, cioè, in grado di assicurare la libertà di ciascuno di entrare nel mercato senza essere in ciò ostacolato da altri e di esercitarvi la propria attività senza subire condizionamenti da altri. Libertà che viene proclamata nei confronti dei pubblici poteri ma che deve ricorrere anche rispetto ai privati, per cui richiede che, nei rapporti economici, ciascuno si trovi in posizione di eguaglianza con i propri interlocutori e che nessuno abbia posizioni di potere tali da consentirgli di imporre condizioni, nonché di chiudere o ostacolare l'accesso al mercato di altri e, più in generale, di influire sulle condizioni dello scambio. In questa concezione coesistono approcci molto diversi che in ogni caso, pur con sensibilità differenti, muovono dalla centralità dell'individuo per approdare ad un modello strutturale di mercato: la centralità dell'individuo conduce a proclamare la libertà individuale e l'eguaglianza formale ed a rifiutare che chiunque possa decidere alcunché senza il consenso di chi ne risentirebbe gli effetti; il modello, potremmo dire *democratico*, di struttura del mercato conduce ad immaginare un numero sufficientemente ampio di operatori ⁹ ed un rilievo talmente limitato della offerta o domanda, espressa da

⁷) Anche l'interpretazione delle disposizioni che tutelano la concorrenza rispetto ai comportamenti delle imprese è condizionata dal modo di concepire la concorrenza (A.Frignani- M.Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Utet, Torino 1996, pp. 19 ss. e pp. 146 ss. che, rispetto a quanto andremo dicendo, effettuano però tutt'altra distinzione, contrapponendo la concorrenza "atomistica" a quella "efficace").

⁸) La problematica della libertà di iniziativa economica è sviluppata da A.Pace, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di E.Tosato* vol. II, Giuffrè, Milano 1982.

⁹) In realtà, a comporre un assetto concorrenziale non è tanto l'elevato numero di imprese quanto piuttosto l'assenza di barriere ad entrare nel mercato, cosicché la posizione delle imprese che vi operano sia in qualsiasi momento facilmente contendibile [G.Lunghini - P.A.Mori, *Per una politica economica della concorrenza*, in N.Lipari - I.Mussu (a cura), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari 2000, pp. 203 ss.]: in altri termini ciò che più conta non è il livello di concentrazione del mercato, quanto piuttosto il grado di concorrenza potenziale. Infatti in un mercato privo di qualsiasi barriera all'ingresso, l'unica o le poche imprese che vi operano sono costrette a scegliere, sulla curva della domanda, un prezzo che corrisponda al costo marginale che avrebbe l'impresa più efficiente che decidesse di entrare sul mercato: cioè sono costrette ad immaginare il prezzo che si formerebbe in un mercato concorrenziale, ed a scegliere di offrire il prodotto a quel prezzo.

ciascuno di essi, da generare una formazione spontanea delle curve di prezzo, senza che nessun venditore o acquirente possa condizionarle.

Si tratta di prospettive differenti, ognuna delle quali riesce a cogliere alcune caratteristiche della concorrenza; la particolarità è che ciascuna di queste caratteristiche è fortemente condizionata, nel modo di atteggiarsi, dall'altra, di modo che si perverrebbe ad esiti, a dir poco, parziali, qualora si avesse la pretesa di considerarla assorbente ed avulsa dal contesto. Questo pericolo riguarda, in particolare, la spiegazione della concorrenza in termini soggettivi, attorno alla libertà individuale; spiegazione che, se si limita a trattarla alla stregua delle altre e se non si spinge a vederne una componente della struttura del mercato riesce, in realtà, a spiegare ben poco ¹⁰.

In Italia, la concezione della concorrenza in termini di libertà è stata particolarmente sottolineata, perché è servita a trovarle un copertura costituzionale collegandola all'art 41 c. 1 Cost, quale aspetto della libertà di iniziativa economica, nel senso che, in rapporto alla iniziativa economica degli altri, quella del singolo si presenterebbe come libertà di concorrere ¹¹. Ma identificare la libertà di concorrenza con la libertà di iniziativa economica, quali aspetti del medesimo fenomeno, significa fondare nel primo comma dell'art 41 le regole stabilite dal legislatore ordinario a tutela della concorrenza, mentre a legittimare le regole di segno opposto, quelle suscettibili di limitare o addirittura negare la libertà di concorrenza, potrebbe essere il comma successivo, che vieta alla libertà di iniziativa

¹⁰) G.Ghidini, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Cedam, Padova 1978 che in questa libertà vede "ben più di una garanzia individuale (di raggio microeconomico)" e vi vede "anche una garanzia di portata strutturale (macroeconomica) che condiziona la stessa affermazione di libertà economica individuale nel suo momento funzionale" (p. 88)

¹¹) Così F.Galgano, *Art 41*, in F.Galgano-S.Rodotà, *Rapporti economici*, in G.Branca (a cura), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli- Il foro italiano, Bologna-Roma 1982, p. 11; ma si veda anche V.Donativi, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. industr.*, 1992, pp. 335 ss. Invece, in senso contrario, G.Oppo, *L'iniziativa economica*, in AA.VV, *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano 1990, p.66; N.Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari 1998, p. 94. Anche nella dottrina pubblicistica vi sono opinioni contrastanti sul peso riconosciuto dalla Costituzione al mercato: nel senso del disconoscimento di tale peso G.Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 12; invece, nell'opposto senso del riconoscimento, G.Guarino, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 38 ss.

(e quindi di concorrenza) di “svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. In altri termini, se si accetta che il riconoscimento della concorrenza sta nel primo comma dell’art 41, è inevitabile trovare direttamente in tale riconoscimento la legittimazione a vietare i comportamenti anticoncorrenziali, ma è anche necessario riconoscere che l’utilità sociale e “(la) libertà (e) dignità umana”, di cui parla il comma successivo, si riferiscono a utilità diverse da quelle assicurate dalla concorrenza ed a libertà differenti da quella di concorrere.

Bisogna però notare che la concorrenza come libertà è ben diversa dalle altre libertà ¹²: basti considerare che, mentre per la generalità delle libertà ad essere tutelata è anche la possibilità di continuare ad esercitarle, in questo caso non è tutelato l’interesse del relativo titolare a non perdere la possibilità di continuare esercitarla, cioè a non essere espulso dal mercato una volta che vi sia entrato. Ciò dipende dalla caratteristica della concorrenza di essere in realtà competizione ¹³, per cui è fisiologico che la possibilità di esercitare la relativa libertà perdura soltanto a condizione che chi intenda avvalersene riesca a produrre a costi non superiori al prezzo di mercato; prezzo che, a sua volta, per quanto non debba dipendere dalla decisione di alcuno, è in ogni caso la risultate della *performance* degli altri concorrenti. In altri termini è fisiologico che in una competizione vi siano vincitori e perdenti ¹⁴.

¹²) Ed è questa diversità che può spiegare il “dilemma” in cui F.Denoza, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in N.Lipari – I.Mussu (a cura), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari 2000, p. 217 vede costretta la concorrenza che “mentre il suo scopo dichiarato è quello di impedire la formazione di poteri economici in grado di impedire l’altrui libertà di iniziativa economica, lo strumento utilizzato a questo fine è inevitabilmente costituito da divieti che reprimono determinate modalità di esercizio di questa libertà”

¹³) Questa caratteristica è considerata centrale da A.Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Utet, Torino 2007 pp. 8 ss. Parla di “aspetto auto-distruttore” della concorrenza, A.Frignani-M.Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza*, cit. p.7

¹⁴) E’ ricorrente l’esaltazione della concorrenza come competizione, perché costituisce “stimolo a far meglio e a fare di più, una sollecitazione costante che induce le imprese a contendersi quotidianamente quote di mercato con prodotti innovativi e funzionali” (M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, ESI, Napoli 1995, p. 25) e con la continua ricerca dello sviluppo tecnologico (G.Lunghini – P.A.Mori, *Per un politica economica*, op. cit. pp. 209 ss.)

Appare così chiaro che nel caso della concorrenza ricorre una sorta di *rivalità* nell'esercizio della relativa libertà, nel senso che, a differenza di quanto avviene nella generalità dei casi, il suo esercizio è inevitabilmente destinato a ridurre i margini di esercizio della medesima libertà da parte degli altri. Ciò è comprovato dal fatto che sul mercato è proprio il monopolista a disporre del massimo di libertà ed il monopolista è colui a fronte del quale non vi è alcuno che sia in grado di esercitare la propria libertà di concorrere. Si spiega così come mai la tutela di questa libertà richieda regole ben diverse da quelle con le quali vengono garantite le altre libertà: non si tratta, infatti, di tracciare i confini di ciascun diritto in modo da delimitare gli ambiti ad ognuno riservati, che non possono essere invasi dall'esercizio da parte di altri del medesimo o di altri diritti; si tratta invece di disporre di regole del competere, cioè di regole che ammettono sia compromesso l'esercizio di questa libertà a causa dell'esercizio della medesima da parte di altri, ma che limitano i modi in cui ciò può avvenire.

Per apprestare tutela alla concorrenza come libertà, queste regole devono riuscire a scongiurare che la posizione di alcune imprese sia rafforzata sul mercato a prescindere dal loro grado di competitività: un esito del genere, infatti, rischierebbe di compromettere la caratteristica strutturale del mercato concorrenziale facendo così venir meno il contesto in cui ha modo di esplicarsi la libertà di concorrere. Ma per accertare se simili effetti si producono o sono suscettibili di prodursi è preliminarmente necessario delimitare il *mercato rilevante*, cioè quel particolare contesto economico nel quale opera l'impresa la cui posizione sul mercato sia oggetto di valutazione: infatti è in riferimento a tale contesto che è possibile valutare la portata concorrenziale o meno delle pratiche messe in atto dalle imprese o delle misure adottate dagli Stati membri a favore di esse ¹⁵. *Mercato*

¹⁵) L'importanza della delimitazione del *mercato rilevante* nella applicazione delle disposizioni rivolte a tutelare la concorrenza dai comportamenti delle imprese è segnalata da Van Bael & Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino 2009, pp 148 ss; A.Pappalardo, *Il diritto della concorrenza*, cit. pp. 36 ss. Disposizioni queste che, come vedremo, hanno proprio l'intento di contrastare il rafforzamento della posizioni di mercato di alcune imprese ed esprimono quindi una concezione strutturale della concorrenza

rilevante che, come è noto, è costituito dalle caratteristiche geografiche e merceologiche del contesto in cui è dislocata l'impresa ¹⁶.

I peculiari caratteri della libertà di concorrere, che valgono a distinguerla dalle altre libertà, stanno proprio nell'impossibilità di concepirla in chiave puramente individuale e nella necessità di vedervi una componente strutturale del mercato. In mancanza di questa operazione di trasposizione ¹⁷ si rischia di pervenire a risultati che possono essere abbastanza paradossali. E' significativa, al riguardo, una risalente sentenza della Corte costituzionale ¹⁸ che, a proposito dei patti limitativi della concorrenza, si fermò a considerare la libertà di concorrere alla

¹⁶) In particolare, il *mercato rilevante* sotto il profilo geografico lo si può definire come la più piccola delle aree geografiche "nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato" [F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 124 che peraltro rileva, giustamente, come la dimensione merceologica e quella geografica non sono tra loro indipendenti, tanto da concorrere in maniera congiunta a delimitare l'estensione del mercato rilevante (p. 125)], nel senso che, qualora "si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo per un rilevante periodo di tempo" [M.L. Milanese, *Il mercato rilevante*, Giappichelli, Torino 1997, p. 59]. In concreto, per giungere a delimitare geograficamente il mercato rilevante viene proposta una sequenza di questo tipo: in primo luogo è necessario verificare cosa accadrebbe se nella zona (A), in cui opera l'impresa interessata (quella partecipante all'intesa o alla concentrazione, ovvero quella che si assume in posizione dominante), un ipotetico monopolista imponesse un aumento del prezzo; qualora, a seguito di tale evento, si dovesse registrare uno spostamento della domanda verso le imprese delle zone limitrofe (B) e (C), significherebbe che le zone in questione (A,B,C) costituiscono sicuramente un unico mercato geografico; per accertare poi l'effettiva dimensione geografica del mercato rilevante, e cioè se tale dimensione è o meno più ampia dell'area formata dalle tre zone in questione, è necessario rinnovare la medesima verifica immaginando che, in tale area (quella formata dalle tre zone), un ipotetico monopolista imponga un aumento del prezzo; e così di seguito, fino a giungere a delimitare la minore delle aree in cui l'aumento del prezzo ad opera di un ipotetico monopolista non darebbe luogo allo spostamento di parte della domanda verso l'offerta proveniente da altre zone (M.L. Milanese, *Il mercato*, op. cit, p. 44). Analoga operazione andrebbe effettuata per delimitare il *mercato rilevante* sotto il profilo merceologico, con la differenza di dover immaginare uno spostamento della domanda non verso le imprese di zone limitrofe, quanto piuttosto verso prodotti sostitutivi. In generale, sulle problematiche relative alla individuazione e delimitazione del *mercato rilevante*, si veda Commissione, *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, GUCE C372/1997 del 9 dicembre 1997, pp. 5 ss.

¹⁷) Del resto, è questa operazione di trasposizione che negli Stati Uniti ha segnato il passaggio dal divieto di restrizioni al commercio in regime di *common law*, che assumeva come bene protetto la libertà di contratto, ai successivi esiti cui approdò l'applicazione dello *Sherman Act*, che intendevano invece sottrarre a chiunque la capacità di influenza i prezzi spontaneamente espressi dal mercato (la vicenda è ricostruita da G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 13 ss.)

¹⁸) Sentenza 16 dicembre 1882, n. 223, in *Giur. cost.* 1982, parte I, pp. 2246 ss.

stregua delle altre libertà e su tale base concludere che l'interessato può disporre contrattualmente di essa impegnandosi a non esercitarla. Veniva così tralasciato l'ulteriore profilo che questa libertà presenta, accanto alla sua dimensione individuale relativa al soggetto che né è titolare e che potrebbe decidere di non esercitarla: un profilo che trascende il singolo e che concorre ad atteggiare in senso concorrenziale il mercato. Cosicché il patto limitativo della concorrenza, anche ad ammettere non contraddica la libertà di chi è andato a stipularlo, può tuttavia generare un mercato non concorrenziale mediante il rafforzamento dei soggetti in favore dei quali è stipulato e, in conseguenza di ciò, può giungere a compromettere la libertà dei soggetti terzi che all'accordo non hanno preso parte.

Il passaggio della concorrenza da libertà a caratteristica strutturale del mercato non fa venir meno la copertura costituzionale fornita dall'art 41: copertura che però non può discendere dal primo comma, perché a venire in rilievo non è più una libertà individuale, ma va invece ricercata nel comma successivo, nel senso che la struttura concorrenziale del mercato presenta una utilità sociale che può giustificare limitazioni a quella stessa libertà individuale da cui la concorrenza si è ormai emancipata. Risulta così chiaro che fondare sull'art 41 la tutela della concorrenza, come fa l'art 1 della l. 10 ottobre 1990 n. 287, non implica di per sé adesione all'una o all'altra concezione della concorrenza, poiché è a questo fine risolutiva la precisazione di quale delle disposizioni della norma costituzionale sia considerata, a questo fine, rilevante. Merita segnalare che, nel caso della l. 1990 n. 287, la circostanza sia stata di poco preceduta dalla presa di posizione, proprio su questo punto, della Corte costituzionale potrebbe avvalorare l'idea che il richiamo dell'art 41 si riferisce al secondo invece che al primo comma. La Corte, nella sentenza 15 maggio 1990 n. 241, ebbe infatti modo di sostenere che il vincolo posto alla libertà di iniziativa economica di non potersi svolgere in contrasto con l'utilità sociale è fatalmente scavalcato ed eluso "in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti

atti ad evitare un loro esercizio abusivo”¹⁹. In altri termini, la concorrenza sarebbe cosa diversa dalla libertà di iniziativa economica e, quale caratteristica strutturale del mercato, si atteggierebbe a condizione affinché la libertà di iniziativa economica non si svolga in contrasto con l’utilità sociale.

3.- La concorrenza come efficienza allocativa

Secondo un altro modo di concepire la concorrenza, essa viene tutelata perché è in grado di assicurare il benessere collettivo mediante una efficiente allocazione delle risorse. Infatti un assetto concorrenziale determina “il trasferimento delle risorse produttive tra i diversi settori dell’attività economica a seconda dei rendimenti espressi dai prezzi di mercato; questo trasferimento delle risorse dai settori dove il rendimento di mercato è più basso a quello dove è più alto ha come conseguenza di fare continuamente tendere i prezzi di mercato verso i loro valori naturali determinati dai costi minimi di produzione, comprensivi di un tasso uniforme di profitto sul capitale”²⁰: l’esito ultimo è che i compratori finiscono per pagare i prezzi più bassi, uguali ai costi marginali di produzione. Così concepita la concorrenza non appare più un valore in sé, quanto piuttosto un mero mezzo per poter realizzare il valore del benessere collettivo.

In termini più precisi la situazione determinata da un assetto concorrenziale viene spiegata dall’economia del benessere ricorrendo al principio di *efficienza paretiana*²¹, secondo cui l’allocazione ottimale delle risorse, in grado di garantire il

¹⁹) In *Giur. cost* 1990 pp. 1467 e ss. e, in particolare, p. 1480: da segnalare che il passo citato è poi contraddetto dall’inciso in cui la Corte qualifica la libertà di concorrenza come “valore basilare della libertà di iniziativa economica”. Analoga contraddizione la si può rinvenire in M.Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm*, 2002 allorché vede nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica il “collegamento ideale tra libertà di impresa e concorrenza” (p. 441) e, nel contempo, ammette che è in contrasto con l’utilità sociale l’esercizio della libertà economica che limiti la concorrenza (ivi) ed afferma che “la collocazione costituzionale della legge antitrust sta tutta nel secondo ... comma dell’art 41” (p. 442). Che la tutela della concorrenza “vada rinvenuta nella stessa proclamazione della libertà di iniziativa (comma 1) e non fra i limiti di utilità sociale opponibili alla stessa (comma 2) è affermato da A.Pace, *Libertà del mercato e nel mercato*, in *Pol. dir.* 1993 pp 329 ss.

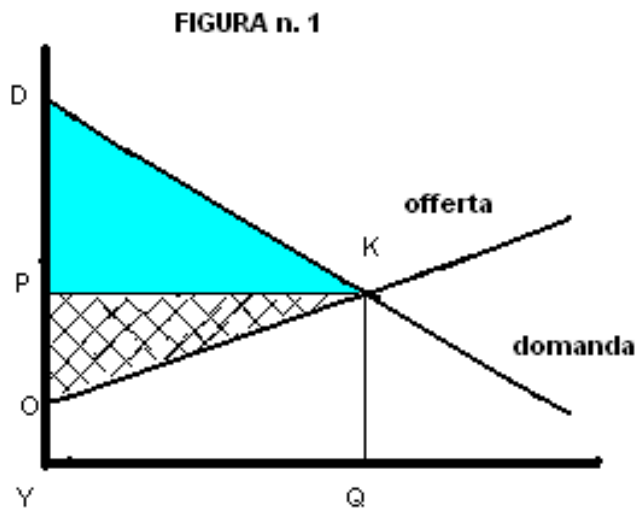
²⁰) I.Musu, *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in N.Lipari - I.Mussu (a cura), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari 2000, p. 8.

²¹) F.Denoza, *Antitrust*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 15 ss.

maggior benessere collettivo, ricorrerebbe quando non è possibile migliorare la posizione di qualcuno senza peggiorare quella di altri in misura corrispondente o addirittura maggiore: non sarebbe quindi *pareto-efficiente* la situazione in cui vi siano margini per migliorare il benessere di alcuni senza peggiorare quello di altri ovvero peggiorandolo in misura minore dell'incremento del benessere dei primi. In altri termini, è *pareto-efficiente* la situazione in cui la diminuzione del benessere di alcuni è più che compensata dall'aumento del benessere di altri, in modo che, nel complesso, ricorra un incremento netto del benessere della collettività. Appare chiaro che il principio dell'*efficienza paretiana* si disinteressa completamente del modo in cui le risorse sono distribuite tra i consociati ed assume come rilevante soltanto il benessere complessivo, risultante dalla somma del benessere di ciascuno, a prescindere dalla circostanza che i singoli siano partecipi di tale benessere in eguale o differente misura ²².

La rappresentazione grafica è il modo migliore per dare dimostrazione di come l'efficienza paretiana, nel garantire il maggior benessere collettivo, consegue automaticamente da un assetto concorrenziale del mercato. La figura n. 1 descrive la situazione che si determina su un mercato perfettamente concorrenziale, caratterizzato cioè dalla presenza di un numero di imprese talmente ampio, ciascuna delle quali offre una quota talmente piccola di prodotto, che nessuna di esse è in grado di influenzare il prezzo che viene a formarsi spontaneamente.

²²) E, qualora la distribuzione generata dal mercato dovesse risultare insoddisfacente, bisognerebbe operare *a monte* del meccanismo allocativo, senza alterare il suo funzionamento *pareto-efficiente*, mediante una diversa distribuzione delle dotazioni iniziali e del potere di acquisto fornito da queste dotazioni (M.Vannini, *Aiuti di Stato e analisi economica*, in S.Bariatti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano 1998, p. 93).

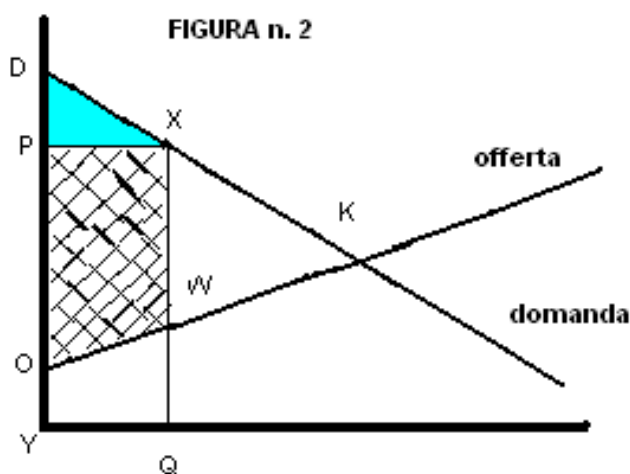


La quantità YQ viene venduta al prezzo PY che, in uno scenario di concorrenza perfetta, corrisponde al costo (comprensivo della remunerazione del capitale) marginale (cioè quello sopportato dall'impresa che ha i costi maggiori tra quelle che concorrono ad offrire la quantità YQ). La curva dell'offerta esprime, in ogni punto, il costo marginale (nel senso di cui sopra) a fronte della corrispondente quantità; analogamente la curva della domanda esprime in ogni punto quanto è disposto a pagare il consumatore marginale (quello cioè che, tra tutti i consumatori acquirenti della corrispondente quantità, è disposto a pagare meno). Poiché vi sono numerosi produttori che hanno un costo inferiore al prezzo PY che si è formato sul mercato, ricorre quella che viene denominata rendita dei produttori e che corrisponde al triangolo OPK . Analogamente vi sono numerosi consumatori che sarebbero disposti a pagare un prezzo più alto di quello formatosi sul mercato e ciò determina la c.d. rendita dei consumatori, corrispondente al triangolo DPK . Le due rendite formano il triangolo DOK che rappresenta il benessere collettivo.

La figura n. 1 rappresenta una situazione *pareto-efficiente* perché il livello di benessere collettivo che essa assicura non può essere in alcun modo migliorato, ma semmai può essere soltanto diversamente redistribuito tra le due categorie dei produttori e dei consumatori: circostanza questa che comprova l'esistenza di più

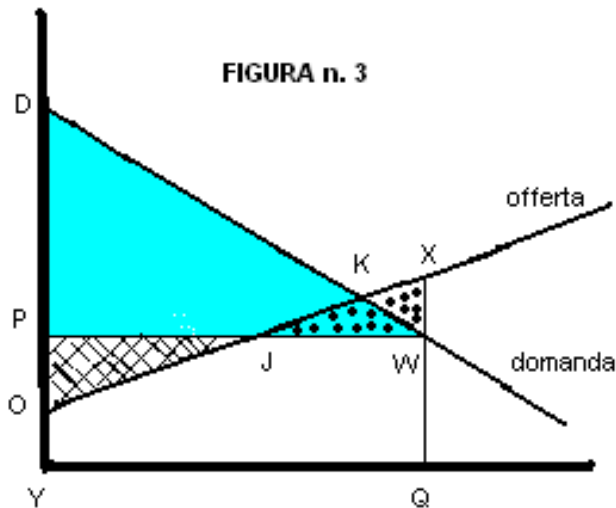
situazioni *pareto-efficienti*, differenziate l'una dall'altra in relazione a ciò di cui l'economia del benessere si disinteressa completamente, e cioè in relazione al modo in cui le risorse sono redistribuite. Infatti, in uno scenario caratterizzato da curve dell'offerta e della domanda del tipo di quelle della figura n. 1, sarebbe possibile immaginare, in via assolutamente ipotetica, che i produttori riescano a vendere a prezzi differenziati, in modo che per ciascun consumatore il prezzo corrisponda a quello massimo che è disposto a pagare. Ricorrerebbe in tal caso una sorta di segmentazione del mercato che finirebbe per configurare distinti e separati mercati (e distinte curve dell'offerta e della domanda) per quanti sono i consumatori e che, per quanto in questa sede interessa, avrebbe l'effetto di conferire ai produttori, in aggiunta alla loro rendita, anche quella dei consumatori: quindi un effetto meramente redistributivo che non modificherebbe l'entità di risorse che ne sono oggetto.

Viceversa, una diversa allocazione delle risorse, che consegua dalla fissazione del prezzo ad un livello differente dal punto di equilibrio in cui si intersecano le due curve, non potrebbe essere in ogni caso *pareto-efficiente* sia che l'alterazione dell'equilibrio avvenga a favore dei produttori oppure dei consumatori.



La prima ipotesi è rappresentata dalla figura n. 2, in cui il prezzo viene fissato ad un livello più alto di quello di intersezione delle due curve: ciò significa che i produttori, pur di aumentare a PY il prezzo di vendita, sono disposti a vendere una quantità (YQ) minore, con l'esito di lasciare insoddisfatti una serie di consumatori nonostante siano disposti a pagare un prezzo superiore al costo di produzione. Come si può notare dalla figura, la rendita dei consumatori, di quelli cioè che sarebbero disposti a pagare un prezzo maggiore, corrisponde al triangolo DPX, ben minore della rendita dei consumatori in regime di concorrenza perfetta (DPK della figura n. 1). La rendita dei produttori, di quelli cioè che hanno un costo (nei termini sopra detti) inferiore al prezzo e che quindi potrebbero vendere ad prezzo inferiore, corrisponde al trapezio PXWO, ben maggiore della rendita dei produttori in regime di concorrenza perfetta (PKO della figura n. 1), in quanto essi sono riusciti ad appropriarsi di una parte della rendita dei consumatori in regime di concorrenza. Bisogna però rimarcare che le due rendite, quella dei produttori e quella dei consumatori, unitariamente considerate esprimono un benessere collettivo (DOWX) complessivamente inferiore (per la mancanza del triangolo KWX) a quello assicurato da un assetto concorrenziale ²³.

²³) Una chiara spiegazione di ciò, non in termini di rappresentazione grafica, la si trova in F.Denoza, *Antitrust*, op. cit. p. 22 che ipotizza "due prodotti: (A) che costa 6 e viene venduto al prezzo concorrenziale pari al costo ... e (B) che costa 5 ma viene venduto al prezzo monopolistico di 7, il consumatore che considera i due prodotti equivalenti e sarebbe disposto a pagare 6 per un'unità dell'uno o dell'altro, acquisterà il prodotto (A). Se il mercato di (B) fosse stato concorrenziale egli avrebbe invece acquistato un'unità di (B) al prezzo concorrenziale di 5, ed avrebbe goduto di una «rendita del consumatore» pari ad 1, valore che in questo esempio, non si trasferisce ad alcuno, ma risulta (contrariamente a quanto avviene per le rendite dei consumatori ugualmente disposti ad acquistare dal monopolista) irrimediabilmente perduto"



La seconda ipotesi, quella della alterazione dell'equilibrio a favore dei consumatori, è rappresentata dalla figura n. 3, in cui il prezzo viene fissato ad un livello (WQ) più basso di quello di intersezione delle due curve: ciò implica che viene soddisfatta una quantità di domanda (YQ) maggiore (di KW) rispetto a quella che sarebbe soddisfatta in un regime di concorrenza perfetta e ciò dipende dal fatto che una parte dei produttori vende a prezzi minori dei loro costi. In questo caso la rendita dei consumatori (DPW) è particolarmente alta, mentre i produttori, accanto ad una limitata rendita (POJ), presentano anche una quasi corrispondente perdita (JXW). Nel complesso, comunque, il saldo netto delle due rendite, e quindi il benessere complessivo, è minore di quanto sarebbe in grado di assicurare un assetto concorrenziale: infatti le rendite complessive (ODWJ) sono maggiori rispetto a quelle fornite dalla concorrenza perfetta (DOK della figura n. 1), ma questa eccedenza (JKW) compensa soltanto in parte la perdita dei produttori (JXW), per cui vi è una parte di questa perdita (KXW) che costituisce il minore benessere assicurato da questo scenario.

Queste due ipotesi di alterazione dell'equilibrio che sarebbe determinato dall'assetto concorrenziale traggono generalmente origine da fenomeni completamente diversi. A determinare la prima ipotesi, quella di un innalzamento

del livello dei prezzi, sono generalmente i comportamenti collusivi o abusivi delle imprese, che mediante le varie forme di intese o sfruttando la posizione dominante, riescono a contrastare il funzionamento del meccanismo concorrenziale e la spontanea formazione dei prezzi ²⁴. La disciplina comunitaria e quelle nazionali di tutela della concorrenza e del mercato hanno proprio ad oggetto questi fenomeni ed intendono appunto scongiurare che il meccanismo di formazione dei prezzi sia manomesso. A determinare invece la seconda ipotesi, quella dell'abbassamento del livello dei prezzi, possono essere invece le misure di ausilio concesse dagli Stati (e dalla stessa Comunità) alle imprese ed in generale agli operatori economici.

Sul fenomeno della alterazione dei meccanismi concorrenziali in termini di riduzione dei prezzi e di aumento della quantità venduta sono peraltro necessarie alcune precisazioni. Commentando la figura n.3 si è parlato di perdita dei produttori e la si è quantificata in JKXW: in realtà a perdere non sono mai i produttori che, ancor prima di vendere a prezzi inferiori ai loro costi, si ritrarrebbero dal mercato; essi non perdono per il semplice motivo che fruiscono di ausili esterni suscettibili di abbassare i loro costi oppure di fornire una sorta di ricavo aggiuntivo alla loro attività. A perdere sono in realtà i contribuenti, o comunque i soggetti che sono privati delle risorse impiegate nella concessione di questi ausili; inoltre, un evento del genere induce i consumatori a sostituire con il bene reso meno caro altri beni che sarebbero stati più competitivi in quanto forniti di qualità migliori e prodotti a costi effettivi minori ²⁵.

4.- Il rapporto tra le varie concezioni di concorrenza e le differenti condizioni di compatibilità degli aiuti di Stato

²⁴) Se nella generalità dei casi il comportamento è orientato ad alterare la formazione dei prezzi nel senso del loro incremento, non è escluso che ciò avvenga anche nel senso della loro riduzione: si tratta del particolare caso dei c.d. prezzi predatori (sul loro carattere anticoncorrenziale, Corte giust. 3 luglio 1991, causa C62/86, *Akzo Chemie* punto 140)

²⁵) Più in generale, "una diminuzione del prezzo, ed un aumento della quantità scambiata, trasferirebbe un bene a chi lo ha voluto meno di quanto esso è costato alle imprese che lo hanno prodotto" (F.Denoza, *Antitrust...*, op. cit. p. 17).

L'idea della concorrenza come libertà individuale, per quanto possa poi confluire nella concezione strutturale che vi vede un modo d'essere del mercato, è destinata a contrapporsi alle altre concezioni: conferma di questa originaria antitetività la si ha, del resto, dal rinvenire nel primo comma dell'art 41 il fondamento costituzionale della concorrenza come libertà e nel comma successivo quello delle altre concezioni di concorrenza. Viceversa, le altre due nozioni di concorrenza, che si sono viste, non sono necessariamente antitetiche e possono essere viste in un rapporto, tra loro, di complementarità ²⁶: si tratta, infatti, di due concezioni che possono integrarsi, perché l'una coglie il profilo strutturale (un mercato di tante imprese ciascuna delle quali offre una quantità limitata di merci) mentre l'altra sottolinea il profilo funzionale (del modo di funzionare del mercato); secondo la prima, l'assetto *democratico* del mercato impedisce ad ogni operatore di influenzare le quantità complessive di merci scambiate ed i prezzi con cui sono scambiate, mentre in base alla seconda concezione un condizionamento del genere non dovrebbero esercitarlo, oltre alle singole imprese, neppure altri (neppure gli Stati), perché prezzi di scambio e quantità scambiate devono essere esclusivamente la risultante della *mano invisibile* del mercato. L'una concezione può essere concepita come parte dell'altra, nel senso che la concorrenza come struttura del mercato è qualcosa di meno della efficienza allocativa: con la prima non è detto si abbia anche la seconda, ma senza quella certamente non si può avere neppure questa. Bisogna semmai notare che le misure coerenti con la prima delle due nozioni, quella strutturale, possono essere in realtà idonee ad assicurare anch'esse una efficiente allocazione delle risorse allorché servono a regolare i comportamenti

²⁶) Queste due concezioni sono invece contrapposte l'una all'altra da R.Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova 1994, pp. 22 ss. che considera più coerente con il disegno costituzionale la prima delle due concezioni (pp. 103 ss.), quella che vede nella difesa della concorrenza la "lotta ai poteri privati in vista della tutela della libertà individuale (intesa, in primo luogo, come libertà economica e considerata, unitamente alla tutela dell'eguaglianza delle opportunità dei cittadini in ordine all'esercizio della stessa..)" (p. 25). Viceversa per F.Denoza, *Forme di mercato*, cit. p. 223 le altre concezioni della concorrenza, quelle di stampo efficientista, "non hanno attualmente rivali", dal momento che le molte e fondate critiche a cui possono andare incontro non riescono "a coagularsi intorno a un nucleo dotato di una capacità di espansione teorica in qualche modo comparabile".

delle imprese ²⁷, dal momento che generalmente le imprese riescono a neutralizzare, a loro favore, la *mano invisibile* del mercato proprio alterandone l'assetto democratico: si spiega così che, mentre disposizioni di questo tipo più difficilmente svelano l'idea di concorrenza che è alla loro base, la disciplina degli aiuti di Stato impatta inevitabilmente con questo interrogativo di fondo.

L'idea di concorrenza non è logicamente indifferente per la questione degli aiuti di Stato. Lo è, in primo luogo, per valutare se e quando gli aiuti sono compatibili con il divieto, stabilito dal Trattato, di alterare la concorrenza, poiché questa compatibilità potrà o meno ricorrere a seconda della concezione di concorrenza da cui si muove. Ciò vale certamente per la concezione della concorrenza come libertà che, ponendosi in antitesi alle altre nozioni, non può che generare, rispetto a queste, soluzioni differenti al problema in esame; ma ciò vale anche per le altre due concezioni di concorrenza, che, nonostante la loro complementarità, conducono anch'esse ad esiti differenti.

Nel caso della concezione strutturale della concorrenza ²⁸, le misure di ausilio pubblico alle imprese per essere compatibili con il Trattato non dovrebbero comunque sortire l'effetto di rafforzare la posizione di alcune imprese rispetto ad altre, con l'esito di compromettere le caratteristiche *democratiche* del mercato. In particolare, poiché questa idea di concorrenza evoca una condizione di sostanziale parità tra le imprese senza che nessuna si trovi in una situazione di potere, diventano compatibili quegli aiuti che non alterino tale parità o che addirittura abbiano proprio la finalità di promuovere l'accesso al mercato di nuove imprese in modo da conferirgli un assetto pluralistico o quanto meno da rendere contendibile la posizione delle eventuali poche imprese che già vi operino.

²⁷) C.Osti, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato concorrenza regole* 2006, p. 441, evidenzia che le regole riguardanti i comportamenti delle imprese intendono tutelare la concorrenza contrastando il rafforzamento della posizione di mercato di singole imprese.

²⁸) Secondo C.Osti, *Di alcuni problemi*, cit. p. 437 ha poco senso spiegare il divieto di aiuti di Stato muovendo dalla concezione strutturale della concorrenza, perché il tendenziale effetto degli aiuti è la riduzione dei prezzi per cui "la distorsione della concorrenza (*coinciderebbe*) con una situazione nella quale l'impresa che riceve l'aiuto è posta in condizione (non di aumentare, ma) di diminuire i prezzi": in definitiva, l'accresciuto potere di mercato, generato dall'aiuto, può semmai spiegare la disciplina degli aiuti in un numero abbastanza limitato di casi.

Possono essere molti i tipi di aiuti che, pur destinati direttamente o indirettamente alle imprese, servono a favorire e sviluppare la concorrenza o che non hanno l'effetto di alterare la struttura concorrenziale del mercato. La prima, di queste caratteristiche, possono averla quegli aiuti che, in presenza di una asfittica concorrenza o di completa mancanza di concorrenza, favoriscono l'ingresso sul mercato di nuove imprese in modo da sradicare posizioni monopolistiche o dominanti delle imprese che vi operano. Quanto alla seconda di queste caratteristiche, si può pensare al caso in cui a beneficiare degli aiuti siano imprese marginali, per le quali quindi l'aiuto non serve a rafforzare la loro posizione sul mercato, ma semmai ad evitare che siano da questo espulse. Oppure si può immaginare l'ipotesi di aiuti destinati a compensare le imprese aggravate da eventuali maggiori oneri, rispetto alle altre imprese, che esse siano costrette a sopportare per i motivi più diversi. In ogni caso andrebbe escluso che la concorrenza sia compromessa allorché gli oneri, destinati ad essere compensati dagli aiuti, siano imposti alle imprese dallo stesso Stato. Ciò amplierebbe notevolmente le ipotesi di aiuti compatibili, tenuto conto che questi, nel perseguire le più diverse finalità di interesse pubblico, lo fanno generalmente inducendo le imprese beneficiarie a scelte che altrimenti non avrebbero effettuato ed a sopportare costi ai quali si sarebbero altrimenti sottratte.

Una particolare ipotesi di compensazione di oneri imposti dagli Stati è poi quella degli obblighi di servizio pubblico: ipotesi che, seguendo questa concezione di concorrenza, sarebbe possibile considerare consentita anche senza bisogno di ricorrere all'art 106 par. 2 e quindi senza neppure dover fare i conti con le limitazioni poste da questa norma (quindi, anche nel caso in cui altre misure, diverse dalla concessione di aiuti e meno invasive dell'assetto concorrenziale, siano in grado di consentire l'adempimento della missione di servizio pubblico) : infatti ad aiuti del genere andrebbe riconosciuta la caratteristica di non falsare o minacciare di falsare la concorrenza, in quanto la loro funzione meramente compensativa degli obblighi di servizio pubblico escluderebbe qualsiasi effetto di

rafforzamento della posizione sul mercato dell'impresa beneficiaria. Bisogna però aggiungere che non è comunque irrilevante, anche aderendo a questa concezione, l'esistenza dell'art 106 par. 2: la norma avrebbe infatti il senso di sottrarre al regime degli aiuti di Stato e di sottoporre ad un diverso regime le misure disposte a favore delle imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, per cui tali misure, nel mentre sarebbero sottratte alla procedura di controllo preventivo da parte della Commissione ed all'obbligo dello Stato membro di notificarle alla Commissione (art 108 par. 3), dovrebbero però rispettare le condizioni che consentono di non applicare le regole della concorrenza alle imprese incaricate della gestione di tali servizi ²⁹. Logicamente (ed in ciò sta il rilievo pratico della nozione in esame di concorrenza per il problema pratico degli aiuti compensativi alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale), qualora non dovessero ricorrere le condizioni richieste dall'art 106 par 2 si renderebbe comunque possibile riconoscere la loro compatibilità mediante uno scrutinio di non alterazione dell'assetto concorrenziale.

Inoltre, dalla concezione strutturale della concorrenza sarebbe avvalorata quella interpretazione del par. 2 dell'art. 107 secondo cui gli aiuti elencati dalla norma sono da questa dichiarati *ipso iure* compatibili per il fatto che lo stesso Trattato ha accertato direttamente, ed una volta per tutte, che non sono suscettibili

²⁹) La Corte giust. 24 luglio 2003 causa C280/00 *Altmark*, individua con estrema precisione quali sono queste condizioni nel caso di aiuti di Stato anche se, su un piano più generale, manca di fare chiarezza fino in fondo. Le condizioni richieste sono quattro: l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere definiti in modo chiaro (punto 89); devono essere preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente i parametri sulla cui base è calcolata la compensazione (punto 90); la compensazione non deve eccedere i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico (punto 92); nel caso in cui l'impresa incaricata dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico non sia scelta mediante procedura concorsuale, l'entità della compensazione deve essere determinata sulla base di una analisi dei costi che un'impresa media, gestita in maniera efficiente, dovrebbe sostenere. Manca invece di fare chiarezza allorché (punto 87) non prende posizione sul motivo per cui misure del genere sarebbero consentite, se cioè in considerazione del loro carattere compensativo di oneri imposti alle imprese beneficiarie, oppure perché gli oneri compensati discendono da obblighi di servizio pubblico ed opera quindi la deroga dell'art. 106 par. 2.

di alterare la concorrenza ³⁰ (*interpretazione III/a*). Infatti, dal momento che questa alterazione dovrebbe conseguire dal rafforzare la posizione di alcune imprese rispetto ad altre, nessuna delle tre tipologie previste dalla norma presenta simili caratteristiche: non certo quella degli aiuti al consumo, di cui tutte le imprese operanti nel settore interessato sono destinate a beneficiare in conseguenza dell'aumento di domanda prodotto dall'aiuto; tanto meno quella degli aiuti destinati alle regioni tedesche, visto che è ammessa a condizione che l'entità delle relative misure non superi quanto necessario a compensare gli svantaggi provocati dalla divisione delle due Germanie; ed anche gli aiuti della terza tipologia, quella destinata a ovviare ai danni arrecati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali, presentano un carattere compensativo.

Una tipologia di aiuti ben più ampia risulterebbe compatibile muovendo dalla concezione della concorrenza come libertà. In questo caso si potrebbe giungere ad ammettere anche misure che abbiano l'effetto di creare posizioni di potere sul mercato a favore delle imprese che ne beneficiano. E' emblematico, a questo riguardo, l'orientamento della Corte costituzionale in ordine alla possibilità dello Stato di continuare a disporre finanziamenti alle imprese nelle materie di competenza regionale ³¹. Per giustificare la legittimità di tali interventi la Corte li ha considerati attuativi della potestà esclusiva statale relativa alla "tutela della concorrenza" [art 117, c. 2, lett.e)], in quanto questa tutela, intesa in senso "dinamico" (cioè nel senso della promozione), consegue anche "da misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo": insomma, sembra di capire che le politiche rivolte a favorire lo sviluppo economico produrrebbero l'effetto di promuovere la concorrenza, per il semplice fatto che se l'economia ristagna non ci sono margini per la concorrenza. Risulta

³⁰) M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, ESI, Napoli 1995, p. 227; G.Pinna, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario: una sintesi*, in S.Bariatti (a cura), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano 1998, p. 33 con riguardo agli aiuti al consumo che sarebbero compatibili perché "il consumatore finale non incide sul gioco della concorrenza" (così anche G.Strozzi, *Gli aiuti di Stato*, in G.Strozzi (a cura), *Diritto dell'Unione europea*, parte speciale, Giappichelli, Torino 2006 p. 373).

³¹) Sentenza 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur. cost.* 2004, pp. 237 ss.

evidente che in questo modo la concorrenza è concepita sì come libertà, ma come libertà meramente individuale, ed è trattata alla stessa stregua, ad esempio, del diritto al lavoro che, per essere garantito, abbisogna di uno minimo di sviluppo economico. Nella giustificazione della Corte scompare assolutamente il profilo centrale del tipo di assetto strutturale del mercato che la misura di aiuto è suscettibile di determinare e diventa assolutamente irrilevante che esso in realtà finisca per creare o rafforzare posizioni dominanti. Che tutto ciò sia una grossa forzatura sembra, del resto, riconoscerlo la stessa Corte allorché è costretta ad ammettere che gli aiuti che possono essere ritenuti compatibili con il mercato costituiscono “*deroghe ai divieti..... funzionali alla promozione di un mercato competitivo*”: ed infatti, a parte che un mercato competitivo è cosa ben diversa da un mercato concorrenziale, resta il fatto che, trattandosi di deroghe ai divieti, devono essere misure che presentano le caratteristiche necessarie ad incorrere in tali divieti, cioè devono falsare o minacciare di falsare la concorrenza; ma se così è diventa difficile sostenere che le stesse misure promuovono la concorrenza.

Diametralmente opposte sono, invece, le conseguenze della concezione della concorrenza con allocazione efficiente delle risorse ³². In questo caso non è sufficiente, a rendere compatibile l'aiuto, la circostanza che non rafforzi la posizione sul mercato dell'impresa che ne beneficia, perché una nozione del genere richiede la permanenza sul mercato delle sole imprese competitive e l'espulsione di quelle in posizione eccessivamente marginale per i costi troppo elevati del loro sistema produttivo: espulsione che l'aiuto, pur senza creare posizione di potere, potrebbe neutralizzare. Non è neppure sufficiente che l'aiuto abbia la funzione di compensare i maggiori oneri che, per motivi oggettivi ed indipendenti dall'impresa, gravano su di essa, neppure quando tali oneri siano addirittura imposti all'impresa dallo Stato: infatti, in ipotesi del genere, l'allocazione delle risorse non risponderebbe all'*ottimo paretiano* perché non effettuata dalla *mano invisibile* del mercato, quanto piuttosto dallo Stato seguendo criteri di altro tipo. Del

³²) C.Osti, *Di alcuni problemi*, cit. considera questa concezione quella maggiormente in grado di spiegare il divieto di aiuti di Stato.

resto, la eventuale funzione compensativa, svolta dall'aiuto, non riuscirebbe a spostare i termini della questione, perché a compromettere il libero dispiegarsi delle dinamiche di mercato sarebbero, ancor prima dell'aiuto, gli oneri che sono imposti all'impresa e che l'aiuto intende compensare. La conclusione ultima a cui, muovendo da una concezione della concorrenza come allocazione efficiente delle risorse, bisognerebbe pervenire è che qualsiasi misura di ausilio alle imprese è inevitabilmente destinata a produrre effetti anticoncorrenziali ³³.

Questa radicale conclusione implica una diversa lettura, rispetto a quella prospettata a proposito della concezione strutturale di concorrenza, sia del par. 2 dell'art 106 che del par. 2 dell'art 107. La prima di queste due disposizioni, nel consentire di derogare alle regole della concorrenza nel caso di servizi di interesse economico generale, rende possibile compensare con misure di aiuto gli obblighi di servizio posti a carico delle imprese; misure che sarebbero altrimenti vietate in mancanza di questa disposizione, che, a sua volta, va ricompresa tra quelle richiamate dall'inciso dell'art 107 par. 1 che fa salve "le deroghe contemplate dal presente Trattato". La seconda disposizione andrebbe intesa nel senso che gli aiuti ivi elencati sono dichiarati *ipso iure* compatibili per il semplice fatto il Trattato li ha direttamente ammessi in via derogatoria nonostante la loro caratteristica di alterare la concorrenza (*interpretazione III/b*). Ed infatti, effetti anticoncorrenziali si possono rinvenire in ognuno dei tre tipi di aiuti: certamente in quelli al consumo che, nell'incentivare la domanda di certi prodotti ³⁴, impediscono artificiosamente alla

³³) L'automatico, ed inevitabile, effetto distorsivo della concorrenza esercitato dagli aiuti è riconosciuto da Corte Cass. Sez I 19 aprile 2000n. 5087 in *Dir. comun. scambi intern* 2001 pp. 523 ss. C.Malinconico, *Aiuti di Stato*, in M.P.Chiti-G.Greco (a cura), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo I, Giuffrè, Milano 2007, ritiene che alla base del divieto di aiuti di Stato vi è l'idea della concorrenza come allocazione efficiente delle risorse (p. 73) e lascia intendere che gli aiuti producono inevitabilmente una alterazione della concorrenza (p. 66), ma poi ammette che questa alterazione non avviene quando l'entità dell'aiuto è lieve (p. 71).

³⁴) Logicamente, per aiuti al consumo non si deve intendere quelli erogati perché i soggetti beneficiari ne facciano l'uso che preferiscono (per acquistare qualsiasi prodotto o addirittura per non acquistarne affatto), bensì quelli erogati per favorire il consumo di certi prodotti: il divieto di discriminazioni, prescritto dal par. 2, non riguarda la tipologia di prodotti (così sembra invece ritenere M.Orlandi, *Gli aiuti*, cit. p. 132), bensì l'origine di quelli il cui consumo le misure in questione intendono favorire.

mano invisibile del mercato di stabilire il prezzo di scambio e la quantità scambiata di quel determinato bene; nel caso poi degli aiuti alla regioni che abbiano risentito della divisione della Germania e di quelli rivolti ad ovviare ai danni arrecati da calamità naturali, il loro carattere compensativo di oneri imposti alle imprese è sufficiente a confermarne la portata anticoncorrenziale, non rilevando, in senso contrario, la circostanza che tali oneri siano stati imposti non dallo Stato ma dallo storia o dalla natura.

Dalle differenti concezioni di concorrenza discendono, per le questioni che ci interessano, conseguenze ulteriori a quelle fin qui esaminate. Alla base vi sono comunque i fallimenti del mercato, che, a loro volta, possono riguardare l'incapacità della concorrenza a consentire il buon funzionamento del mercato oppure ad assicurare quei rapporti sociali ritenuti preferibili. Questa seconda eventualità ricorre in tutti i casi in cui la concorrenza finisce per generare situazioni socialmente indesiderate e può verificarsi quale che sia la nozione di concorrenza a cui si aderisce, dal momento che ad essere pregiudicati sono valori estranei al mercato. Viceversa, il primo tipo di fallimenti è diversificato a seconda della concezione di concorrenza da cui si muove.

Ed infatti, la nozione strutturale di concorrenza, che vi vede la presenza di un numero sufficientemente ampio di operatori ciascuno dei quali in grado di esprimere un livello di offerta talmente limitato da non influenzare i prezzi, può entrare in conflitto con l'esigenza di una maggiore efficienza produttiva, la quale richiede talvolta grandi dimensioni delle imprese e forte concentrazione produttiva in modo da sfruttare le economie di scala ³⁵. Sul versante, invece, dell'idea di concorrenza come allocazione efficiente delle risorse è stato evidenziato che la concorrenza è il sistema in grado di assicurare l'*ottimo paretiano* in un contesto in cui i costi di transazione sono trascurabili ed è stato precisato che in mancanza di

³⁵) F.Denoza, *Antitrust*, cit. pp. 27 ss.

questa condizione l'efficiente allocazione delle risorse è in realtà ottenuta con forme di cooperazione tra imprese ³⁶.

Si è visto che il Trattato consente alla Commissione di riconoscere la compatibilità degli aiuti limitatamente a quelli rientranti nelle tipologie elencate dalla norma (art. 107 par. 3) e si è anche posto l'interrogativo se questa compatibilità va riconosciuta valutando gli effetti non anticoncorrenziali delle misure prese in considerazione (*interpretazione IV/a*), oppure a prescindere da ciò ed anche nel caso in cui siano suscettibili di ricorrere effetti del genere (*interpretazione IV/b*). Dopo i rilievi relativi ai fallimenti del mercato, la norma in questione potrebbe suscitare un ulteriore interrogativo: qualora se ne accetti la lettura che vi vede il riconoscimento alla Commissione del potere di ammettere aiuti suscettibili di alterare la concorrenza (*interpretazione IV/b*), si tratta di capire quale tipo di fallimento del mercato deve essere riscontrato per poter esercitare questa possibilità, se ciò richieda l'inidoneità della concorrenza a garantire l'allocazione efficiente delle risorse o l'efficienza produttiva, oppure se il fallimento riguardi valori estranei al mercato e consista negli indesiderati rapporti sociali che la concorrenza è suscettibile di generare.

5.- I dubbi lasciati irrisolti dalla attuazione del Trattato

A fronte di tanti interrogativi che si addensano sulle disposizioni del Trattato relative agli aiuti di Stato, le indicazioni che si possono ricavare dall'esperienza attuativa appaiono abbastanza deludenti, sia per gli equivoci concettuali in cui talvolta incorrono che per l'incapacità di fornire sicure risposte a taluni di tali interrogativi.

Gli equivoci concettuali, che poi si riverberano su varie questioni, riguardano la confusione che talvolta si ritrova tra la nozione di aiuto di Stato e quella di aiuto incompatibile ³⁷. Ad ingenerare questa confusione è il modo di intendere le caratteristiche di cui parla l'art. 107 par. 1 e cioè il finanziamento della relativa

³⁶) F. Denozza, *Forme di mercato*, op. cit. pp. 220 ss.

³⁷) Questa confusione viene rilevata anche da M. Orlandi, *Gli aiuti di Stato*, cit. p. 134

misura da parte dello Stato o con risorse statali, il carattere selettivo della misura, nonché l'incidenza che questa è suscettibile di avere sugli scambi tra gli Stati membri e la distorsione che è in grado di produrre sulla concorrenza. Queste caratteristiche concorrono a definire gli aiuti presi in considerazione dalla norma, che sono poi quelli incompatibili; è invece erroneo utilizzare tutte queste caratteristiche (e non soltanto le prime due) per definire gli aiuti di Stato ³⁸, e ciò, non soltanto perché prima di valutare la compatibilità di un aiuto bisogna averlo qualificato come aiuto, ma anche in considerazione del fatto che differenti sono le conseguenze del qualificare una misura come aiuto o come aiuto incompatibile. Gli aiuti in quanto tali, ancor prima ed a prescindere siano riconosciuti compatibili o meno, sono sottoposti al regime dell'art. 108 par. 3 che, non a caso, si riferisce genericamente ai "progetti diretti a istituire o modificare aiuti": regime che comporta l'obbligo di notifica alla Commissione e il divieto di erogarli prima che la Commissione si sia pronunciata in ordine alla loro compatibilità. Merita rilevare che il potere di valutare la compatibilità dell'aiuto è riservato alla Commissione, che lo esercita sotto il controllo della Corte di giustizia, per cui i giudici nazionali sono completamente incompetenti a sindacare sotto questo profilo una qualsiasi misura di aiuto ³⁹; ma, siccome la norma è comunque direttamente applicabile, la necessità di notificare alla Commissione l'aiuto ed il divieto di erogarlo prima che questa si sia pronunciata è azionabile dinanzi ai giudici nazionali che addirittura dispongono di poteri interdettivi maggiori di quelli riconosciuti alla Commissione (la quale può adottare soltanto misure cautelari) e che devono direttamente provvedere a qualificare come aiuto la misura considerata ⁴⁰. Si rende allora chiaro che confondere la nozione di aiuto con quella di aiuto incompatibile significa alterare completamente l'intero sistema.

³⁸) Come sembra fare Corte giust. 10 gennaio 2006 causa C222/04 *Cassa Risparmio Firenze*, punto 129

³⁹) Corte giust. 22 marzo 1977 causa 78/76 *Steinike und Weinlig*, punti 9-10; Corte giust. 15 dicembre 2005, causa C148/04 *Unicredito italiano SpA*, punto 42.

⁴⁰) Corte giust. 11 dicembre 1973 causa 120/74 *Gebr. Lorenz*, punti 8-9; Corte giust. 11 luglio 1996 causa C39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI)*, punti 31 ss.

Gli interrogativi a cui non sono fornite sicure risposte riguardano la nozione di concorrenza che il divieto di aiuti sarebbe preposto a garantire e le variabili che a questa nozione si connettono. Vi sono alcune indicazioni coerenti con la concezione della concorrenza come efficiente allocazione delle risorse e ve ne sono altre che si spiegano soltanto muovendo dall'opposta idea della concorrenza come assetto strutturale del mercato.

Si è detto che, in base alla prima delle due concezioni, qualsiasi misura di aiuto ha l'effetto di alterare la concorrenza ⁴¹, il che significa aderire alla *interpretazione I/a* prospettata all'inizio. Il riconoscimento di questo inevitabile effetto degli aiuti ⁴² viene affermato senza alcuna esitazione e nella maniera più netta dalle conclusioni dell'avvocato generale Capotorti nella causa 730/79 ⁴³, ove è detto che il divieto di aiuti si presta "ad essere letto nel senso che la distorsione della concorrenza sia una conseguenza costante e necessaria del beneficio accordato mediante l'aiuto statale a talune imprese o a talune produzioni": su questa precisazione è possibile segnare la differenza con il divieto di intese, le quali non hanno necessariamente per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza, per cui si rende necessario verificare se ricorrono finalità o effetti del genere; viceversa nel caso degli aiuti di Stato si tratta di misure "da cui costantemente deriva una distorsione della concorrenza". La Corte giustizia, pur non esprimendosi in termini così netti ⁴⁴, è apparsa talvolta condividere questa impostazione, allorché ha riconosciuto che in linea di principio le misure di aiuto compromettono la concorrenza ⁴⁵.

⁴¹) Lo esclude M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato*, cit. p. 184 che però altrove, pp. 208-209, parla di "distorsioni al regime di libera concorrenza che necessariamente sono conseguenti alla concessione dell'aiuto".

⁴²) Il riconoscimento di questo inevitabile effetto sarebbe alla base della prassi seguita dalla Commissione: così T.Ballarino-L.Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, ESI, Napoli 1997, p. 69.

⁴³) Che dette luogo alla pronunzia Corte giust. 17 ottobre 1980 *Philip Morris*.

⁴⁴) Salvo in un passaggio della Corte giust. 2 luglio 1974 causa 173/73 *Repubblica italiana c. Commissione* punto 45

⁴⁵) Corte giust. 14 settembre 1994, cause 278-279-280/92 *Regno di Spagna c. Commissione*, punto 41; Corte giust. 19 settembre 2000, causa C156/98 *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, punto 30.

E' poi evidente che se le misure di aiuto presentano necessariamente effetti del genere viene meno la necessità di una qualche motivazione sul punto, giacché è sufficiente aver riscontrato la natura di aiuto per dover necessariamente riconoscere il carattere anticoncorrenziale della relativa misura ⁴⁶. Ciò non significa peraltro che per dichiarare l'incompatibilità di un regime di aiuti non sia necessaria altra motivazione, oltre a quelle relative alla possibilità o meno di applicare le deroghe al divieto previste dall'art 107 par. 2 e 3: infatti permane pur sempre la necessità di dimostrare l'incidenza che l'aiuto è suscettibile di esercitare sugli scambi tra gli Stati membri ^{47 48}.

Viceversa, dietro l'idea che le misure di aiuto non necessariamente hanno effetti anticoncorrenziali, vi è una concezione strutturale della concorrenza come assetto *democratico* del mercato, ma vi è anche l'esigenza di verificare e dimostrare, con conseguente obbligo di motivazione, che la specifica misura di aiuto rafforza la posizione dell'impresa che ne è beneficiaria: verifica che va fatta in relazione al *mercato rilevante* in cui opera l'impresa interessata e che quindi richiede preliminarmente la delimitazione di tale mercato.

Questa sequenza di consequenzialità è certamente di ausilio nel ricercare l'idea di concorrenza che sta dietro le prese di posizione che gli organi comunitari

⁴⁶) S.Bosco, *Gli aiuti di Stato nella normativa comunitaria e nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. comun, scambi intern.* 2001 p.554 secondo cui la necessità di una motivazione sul punto è in linea con la negazione che le misure di aiuto alterano in ogni caso la concorrenza; necessità di motivazione che, secondo l'A, richiede poi la determinazione del *mercato rilevante*.

⁴⁷) Mentre nella tutela della concorrenza rispetto ai comportamenti delle imprese il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri delimita l'ordinamento applicabile (quello comunitario o quello nazionale a seconda ricorra o meno questo pregiudizio), nel caso degli aiuti la loro attitudine ad incidere su tali scambi è requisito affinché siano vietati (T.Ballarino-L.Bellodi, *Gli aiuti di Stato*, cit. pp. 70 ss).

⁴⁸) In apposita comunicazione la Commissione, *Linee direttive sulla nozione di pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli artt 81 ed 82 del Trattato*, (in GUCE C101 dl 27 aprile 2004) riassume la propria prassi decisionale e la giurisprudenza relative alla applicazione delle disposizioni rivolte a tutelare la concorrenza dai comportamenti delle imprese. Per quanto sia precisato che la suddetta comunicazione non si riferisce agli aiuti di Stato (punto 4), è difficile immaginare che questa esclusione valga anche per il principio della neutralità della incidenza sugli scambi, secondo cui questi sono da ritenere alterati non soltanto in presenza di una loro riduzione, ma anche a seguito di un loro incremento (punto 34). In altri termini, vi è incidenza sugli scambi tra gli Stati membri quando questi subiscono una modifica, quale che sia, rispetto all'entità che avrebbero avuto in mancanza della misura di aiuto (in senso analogo M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato*, cit. p. 177).

hanno avuto modo di esprimere nel dare attuazione al divieto di aiuti di Stato. Prese di posizione che generalmente non sono sempre nello stesso senso.

La Commissione, nella sua comunicazione sugli aiuti *de minimis*, affermava che “se qualsiasi intervento finanziario dello Stato accordato ad un’impresa falsa o può falsare in modo più o meno significativo la concorrenza tra tale impresa e i suoi concorrenti che non ne beneficiano, non tutti gli aiuti hanno un impatto sensibile sugli scambi e sulla concorrenza tra gli Stati membri”⁴⁹. Successivamente, quando gli aiuti *de minimis* sono stati disciplinati da appositi regolamenti, si legge, nei considerando, che sotto un certo importo gli aiuti non incidono sugli scambi e neppure alterano la concorrenza⁵⁰. In definitiva, dalla *interpretazione I/a* si è passati alla *interpretazione II*; da una concezione della concorrenza come allocazione efficiente delle risorse si è passati ad una concezione strutturale della medesima⁵¹.

Le decisioni con cui la Commissione ha dichiarato l’incompatibilità di determinate misure di aiuto sono state talvolta impugnate dinanzi alla Corte giustizia per difetto di motivazione e, addirittura, in qualche caso è stata proprio eccepita la mancanza di una preliminare delimitazione del *mercato rilevante*. La Corte giustizia non sembra essersi fin qui ispirata ad una univoca concezione di

⁴⁹) In GUCE C068 del 6 marzo 1996 pp. 9.

⁵⁰) Per il regolamento CE 69/2001 della Commissione del 12 gennaio 2001 (GUCE L10 del 13 gennaio 2001, punto 5 dei considerando), gli aiuti *de minimis* “non incidono sugli scambi tra gli Stati membri, non falsano né minacciano di falsare la concorrenza e non rientrano pertanto nel campo di applicazione” del divieto: in altri termini, a determinare l’esclusione è la mancanza di entrambe le caratteristiche, nessuna delle quali ricorre a causa del modesto importo dell’aiuto. Invece per il successivo regolamento CE 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006 (GUCE L379 del 28 dicembre 2006, punto 8 dei considerando) gli aiuti *de minimis* “non incidono sugli scambi tra Stati membri e/o non falsano né minacciano di falsare la concorrenza, non rientrano pertanto nel campo di applicazione” del divieto: per cui a determinare l’esclusione può essere, in questo caso, anche semplicemente la mancanza di una soltanto delle due caratteristiche. Da questo confronto letterale si ha conferma del modo progressivo con cui la Commissione è pervenuta, nel tempo, a dare autonomo rilievo al carattere anticoncorrenziale dell’aiuto.

⁵¹) Come, del resto, è reso evidente dal documento della Commissione sul *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato – Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009* [COM (2005) 107 definitivo] che esordisce precisando “che il fine della disciplina degli aiuti è quello di assicurare condizioni di parità tra le imprese dei vari Stati membri ed evitare una concorrenza tra Stati nell’erogazione degli aiuti”.

concorrenza⁵². In alcuni casi, ha implicitamente escluso che per valutare la portata degli aiuti sia necessario delimitare il *mercato rilevante*⁵³; oppure ha sindacato la sufficienza della motivazione della Commissione esclusivamente con riguardo alla incidenza della misura sugli scambi⁵⁴ e comunque senza prendere in distinta considerazione il profilo dell'alterazione della concorrenza⁵⁵. In altri casi, la Corte ha invece sindacato la motivazione della Commissione anche in relazione al profilo della alterazione della concorrenza⁵⁶ giungendo addirittura ad accogliere per questo motivo il ricorso⁵⁷; oppure ha censurato la decisione della Commissione per

⁵²) Secondo S.Bosco, *Gli aiuti di Stato*, cit pp. 550 ss. secondo cui la Corte giust. avrebbe modificato nel tempo la propria giurisprudenza che inizialmente riteneva gli aiuti di per sé contrari alla concorrenza mentre successivamente ha preteso dalla Commissione una congrua motivazione circa l'alterazione prodotta dalle misure riconosciute incompatibili.

⁵³) Corte giust. 17 settembre 1980 causa 730/79 *Philip Morris*, punto 9, respinge il ricorso contro una decisione della Commissione che era stata impugnata eccependo l'insufficiente motivazione per la mancanza di ogni valutazione del mercato rilevante e lo respinge senza smentire tale mancanza.

⁵⁴) Corte giust. 17 settembre 1980 cit. *Philip Morris*, punto 11, afferma che "allorché un aiuto finanziario concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto": in questo modo il rafforzamento della posizione dell'impresa assume rilievo non in sé, ma in quanto avvenga nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari. Corte giust. 24 febbraio 1987 causa 310/85 *Deufil*, punto 11, ritiene che la decisione di incompatibilità dell'aiuto è sufficientemente motivata perché si basa sulla circostanza che l'impresa destinataria esporta negli altri Stati membri una elevata percentuale della propria produzione. Corte giust. 21 marzo 1990, causa 142/87 *Regno del Belgio c. Commissione*, punto 35, è incentrata sul problema del rilievo da riconoscere alla circostanza che l'impresa beneficiaria dell'aiuto esporta la propria produzione prevalentemente in Stati terzi (e la Corte l'insufficienza di questa circostanza ad escludere che l'aiuto incida sugli scambi tra gli Stati membri). Corte giust. 21 marzo 1991 causa C303/88 *Repubblica italiana c. Commissione*, punto 27, rileva che un aiuto può essere idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri anche se l'impresa beneficiaria, che si trova in concorrenza con produttori di altri Stati membri, non partecipa essa stessa alle esportazioni.

⁵⁵) Questo modo di argomentare è segnalato da C.Osti, *Di alcuni problemi*, cit. e trova conferma in Corte giust. 30 aprile 2009 causa C494/06 *Wam SpA*, punti 55 ss.; Corte giust. 10 gennaio 2006 causa C222/04 cit *Cassa Risparmio Firenze* punti 139 ss.; Corte giust. 15 dicembre 2005 causa C148/04 *Unicredito italiano*, punti 53 ss.; Corte giust. 10 luglio 1986 causa 234/84 *Regno del Belgio c. Commissione* punto 22; Corte giust. 7 giugno 1988 causa 57/86 *Repubblica ellenica c. Commissione*, punto 16; Corte giust. 21 marzo 1991 causa C305/89 *Repubblica italiana c. Commissione*, punto 26 conferma la decisione di incompatibilità sostenendo che "quando un'impresa opera in un settore caratterizzato da sovracapacità produttiva, nel quale viene esercitata un'effettiva concorrenza da parte dei produttori di vari Stati membri, qualsiasi aiuto che essa riceva... è idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri ed a pregiudicare la concorrenza"; Corte giust. 29 aprile 2004 causa C372/97 *Repubblica italiana c. Commissione* punti 52 ss.

⁵⁶) Corte giust. 14 febbraio 1990 causa 301/87, *Repubblica francese c. Commissione* punto 44.

⁵⁷) Corte giust. 14 novembre 1984 causa 323/82 *SA. Intermills*, punto 38.

l'assenza di qualsiasi indicazione circa la situazione del mercato considerato e la posizione su questo occupata dalla impresa beneficiaria dell'aiuto ⁵⁸.

Dalle due nozioni di concorrenza discende anche la differente soluzione al problema della compatibilità degli aiuti a carattere compensativo di oneri imposti alle imprese beneficiarie o che comunque gravano su di esse. Invertendo l'ordine dei fattori, si può ritenere che ogni qual volta è ammessa la compatibilità di misure del genere vi è dietro l'idea della concorrenza come assetto strutturale del mercato.

La giurisprudenza della Corte giustizia ha affrontato il problema degli aiuti compensativi con prevalente riguardo a quelli concessi ad imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e lo ha fatto in maniera poco rigorosa, confermando anche su questo punto le incertezze che accompagnano l'attuazione della disciplina in esame.

A stretto rigore, aiuti del genere non dovrebbero essere in grado di fornire alcuna indicazione in ordine al problema, che ci interessa, della nozione di concorrenza, in quanto la loro ammissibilità andrebbe riconosciuta senza bisogno di affermarne la compatibilità con il mercato comune ed il loro carattere non anticoncorrenziale. A questo fine sarebbe, infatti, sufficiente una lettura congiunta dell'art. 107 par. 1 e dell'art. 106 par. 2: il primo, allorché fa salve le "deroghe contemplate dal presente Trattato", intenderebbe delimitare l'ambito di applicazione del regime giuridico degli aiuti con l'esito di sottrarre a questo regime quelli oggetto di tali deroghe; a ciò si aggiunge poi l'art. 106 par. 2 che ricomprirebbe tra queste deroghe le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale e le sottoporrebbe ad un regime apposito e diverso da quello degli aiuti di Stato ⁵⁹. Merita rilevare che in questo modo sarebbe esclusa l'applicazione dell'art. 108 par. 3 nel caso di aiuti destinati ad imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale: aiuti la cui istituzione o

⁵⁸) Corte giust. 13 marzo 1985 causa 318/82 *Leuwarder Papierwarenfabrik*, punto 24; Corte giust. 24 ottobre 1996 cause C329/93 e C62-63/95 *Hanseatische Industrie-Beteiligungen*, punto 53.

⁵⁹) M. Capantini, *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato. La relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.* 2003, pp. 489 ss.

modifica non dovrebbe essere notificata alla Commissione e che potrebbero essere erogati dalla amministrazione nazionale senza dover attendere la decisione della Commissione. Questa ricostruzione del rapporto tra il regime degli aiuti di Stato e la disciplina dei servizi di interesse economico generale non è però accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ⁶⁰ e non lo è neppure da quella giurisprudenza che perviene alle medesime conclusioni ⁶¹ e che è l'unica a presentare un qualche interesse per la questione della nozione di concorrenza che stiamo esaminando.

La Corte, per escludere l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alle misure compensative di obblighi di servizio pubblico, ha seguito un ragionamento che, pur muovendo dalla medesima premessa, si è andato arricchendo e precisando di pronunzia in pronunzia. La comune premessa è che misure del genere non sono qualificabili come aiuti e quindi non sono sottoposte al relativo regime. In una prima pronunzia questa conclusione è giustificata sostenendo che la

⁶⁰) Per la ricostruzione di questa giurisprudenza, G.Strozzi, *Gli aiuti di Stato*, cit. pp. 382 ss.; L.Torchia, *Aiuti di Stato fra ordinamento europeo e nazionale*, in Idem, *Lezioni di diritto amministrativo proredito*, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 277 ss.

⁶¹) A questa giurisprudenza (che segue il c.d. *criterio della compensazione*) se ne contrappone altra (che segue il c.d. *criterio dell'aiuto di Stato* e che esclude l'obbligo di notifica) per la quale gli aiuti concessi alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono anch'essi sottoposti al generale regime degli aiuti di Stato, di modo che la loro istituzione deve essere notificata alla Commissione e non possono essere erogati prima che la Commissione si sia pronunciata sulla loro compatibilità. Questo orientamento lo si trova in Corte giust. 15 marzo 1994 causa C387/92 *Banco Exterior de Espana*, punto 21, allorché sostiene che "fino a quando la Commissione non abbia accertato l'incompatibilità di un aiuto ... non vi è necessità di esaminare la questione" se esso sia necessario o meno a consentire al soggetto beneficiario di svolgere la missione di servizio pubblico. Questo orientamento emerge anche da Corte giust. 22 giugno 2000 causa C332/98 *Cooperative d'exportation du livre francais (CELF)*, punti 22 ss., che tratta l'eventuale circostanza che l'aiuto sia concesso ad impresa incaricata di servizio economico di interesse generale come ipotesi che consente di dichiararlo compatibile alla stessa stregua delle ipotesi elencate dall'art. 107 par. 3: in questo modo la Corte, una volta riconosciuta la compatibilità dell'aiuto in quanto destinato a promuovere la cultura [art. 108 par. 3 lett. d)], può evitare di affrontare il problema del servizio pubblico; nel contempo però questo percorso argomentativo conduce a riconoscere la necessità di applicare comunque il regime degli aiuti di Stato anche alle misure compensative degli obblighi di servizio pubblico. Le misure compensative di obblighi di servizio pubblico sono considerate misure di aiuto, per quanto compatibili, da Trib. I grado 27 febbraio 1997, causa T106/95 *Federation francaise des sociétés d'assurances (FFSA)* punti 167-172; Trib. I grado 10 maggio 2000 causa T46/97 *Sic* punti 82-84. Il criterio dell'*aiuto di Stato* è stato inizialmente seguito dalla Commissione che qualificava come aiuti le compensazioni e, in quanto tali, le sottoponeva all'obbligo di notifica (*Relazione al Consiglio europeo di Laeken "Servizi di interesse generale"*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.* 2003 pp. 475 ss).

compensazione di obblighi di servizi pubblici non si configura come misura di aiuto bensì come contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese che ne sono destinatarie ⁶². Successivamente la Corte ha precisato che per configurarsi in questo modo è necessario che il beneficio ricavato dall'impresa beneficiaria non ecceda i costi aggiuntivi sostenuti per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico ed ha aggiunto che, del resto, questa compensazione sta a dimostrare che l'impresa destinataria della misura non beneficia in realtà di alcun vantaggio ⁶³. L'ultimo passaggio, in questa evoluzione del pensiero della Corte, consiste nella esplicitazione di quanto già sottinteso dalle precedenti pronunzie: che, se vi è compensazione, la misura di ausilio non ha l'effetto di collocare l'impresa destinataria "in una posizione concorrenziale più favorevole" rispetto a quelle che le fanno concorrenza, per cui tale misura "non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. (107 par 1) del Trattato" ⁶⁴. In questo modo ⁶⁵ diventa accidentale, ed assolutamente irrilevante, la circostanza che l'onere sopportato dalla impresa consista in un obbligo di servizio pubblico: il dato qualificante è che la posizione dell'impresa sul mercato non risulti rafforzata e rispetto a ciò la situazione non sarebbe affatto diversa qualora gli oneri in questione non fossero in alcun modo connessi all'adempimento della missione di servizio pubblico. D'altra parte, sarebbe fuorviante ritenere che questa giurisprudenza non è indicativa di alcuna

⁶²) Corte giust. 7 febbraio 1985 causa C240/83 *oli usati (A.D.B.H.U.)*, punto 18, che è chiamata a pronunziarsi sulla legittimità della direttiva relativa allo smaltimento e che si assumono il compito di operare nel settore.

⁶³) Corte giust. 22 novembre 2001 causa C53/00 *Ferring*, punti 23 ss, chiamata a pronunziarsi sulla disciplina francese che impone una serie di obblighi di servizio pubblico ai grossisti distributori di medicinali (detenzione di un certo stock di specialità, assicurare la consegna dei prodotti alle farmacie richiedenti, ecc) e riconosce loro una esenzione delle imposte a carico dei laboratori farmaceutici per le medesime operazioni.

⁶⁴) Corte giust. causa C280/00 *Altmark* cit. punto 87, relativa alla concessione di sovvenzioni pubbliche ad imprese incaricate della gestione di servizi pubblici di trasporto. La Commissione si è poi allineata alla impostazione della giurisprudenza *Altmark*: decisione 2005/842/CE del 28 novembre 2005 (GUCE L312 del 29 novembre 2005; nonché Comunicazione del 28 novembre 2005 (in GUCE C297 del 29 novembre 2005).

⁶⁵) La caratteristica che deve presentare l'aiuto, di favorire "talune imprese o talune produzioni", viene così intesa in maniera più ampia rispetto alla abituale lettura (T.Ballarino-L.Bellodi, *Gli aiuti di Stato*, cit. pp. 55 ss.) che vi vede soltanto l'elemento di differenziazione degli aiuti dalle misure generali di aiuto.

idea di concorrenza: infatti, se è vero che in realtà il carattere compensativo della misura è utilizzato per escludere si tratti di un aiuto e non per negarne l' idoneità ad alterare la concorrenza, bisogna però riconoscere che, oltre alle intrinseche incoerenze di questo passaggio ⁶⁶, il dato, divenuto decisivo nella evoluzione del pensiero della Corte, è che la posizione dell'impresa non sia stata rafforzata e questo dato è espresso nei termini della definizione degli aiuti di Stato a causa di quella confusione, già rilevata nella giurisprudenza della Corte e riprodotta anche in queste pronunzie, tra la nozione di aiuti e quella di aiuti incompatibili con il mercato comune.

Le pronunzie relative ad aiuti concessi ad imprese non incaricate della gestione di servizi esprimono orientamenti contrastanti in ordine alla questione delle misure compensative di oneri sopportati dalle imprese destinatarie di tali misure.

Un primo indirizzo è nel senso di consentire misure del genere, in quanto non presenterebbero le caratteristiche degli aiuti di Stato. Questo orientamento ⁶⁷ lo si ritrova già in una pronunzia ormai risalente⁶⁸, che riguardava il ricorso contro la decisione della Commissione con cui veniva intimato all'Italia di sopprimere il regime di sgravio delle imprese tessili dal pagamento di parte degli oneri sociali per assegni familiari. Nel ricorso veniva sostenuto il carattere compensativo dello sgravio, rilevando che ad esserne oggetto erano oneri suscettibili di penalizzare fortemente le imprese del settore, per l'elevata percentuale di lavoro femminile, e di sfavorirle rispetto alle imprese degli altri paesi, per il loro elevato importo: è

⁶⁶) Al quesito di quali siano le condizioni affinché operi la deroga prevista dall'art. 106 par. 2, la Corte giust. nella causa C53/00 cit. *Ferring* risponde che il vantaggio conferito all'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale non deve superare i costi aggiuntivi causati all'impresa da tale gestione. Ma questa spiegazione, che è di per sé pienamente condivisibile, diventa discutibile qualora sia associata (come fa la stessa pronunzia) all'idea che non è aiuto di Stato il vantaggio conferito all'impresa in misura corrispondente gli oneri di servizio pubblico: infatti, in questo modo si immagina la situazione abbastanza anacronistica in cui la deroga prevista dall'art. 106 par. 2 può operare a condizione non vi sia bisogno di tale deroga.

⁶⁷) Seguito da M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato*, cit. p. 131degli olii usati e, in particolare, delle disposizioni che consentono agli Stati membri di concedere indennità alle impres ed ivi riferimenti di giurisprudenza.

⁶⁸) Corte giust. 2 luglio 1974 causa 173/73 *Repubblica italiana c. Commissione*, punti 23 ss.

significativo che la Corte, per respingere, il ricorso si fece carico di smentire il carattere compensativo della misura lasciando così intendere che in caso contrario, qualora avesse dovuto riconoscerne la natura compensativa, la decisione sarebbe stata di accoglimento del ricorso, cioè di ammissibilità di aiuti aventi caratteristiche del genere. Più recentemente, la Corte ha ricalcato la giurisprudenza *Altmark* applicandone le conclusioni a fattispecie in cui ad essere oggetto di compensazione non sono obblighi di servizio pubblico. Essa ha, infatti, escluso la qualificazione di aiuto di Stato alle misure che favoriscono alcune imprese in considerazione degli oneri di interesse pubblico da cui sono gravate ⁶⁹: l'affermazione è fatta incidentalmente, a proposito di un legge che prevedeva finanziamenti pubblici alle imprese di trasporto per l'ammodernamento dei loro veicoli, ed è fatta per escludere che nel caso considerato ricorressero oneri di interesse pubblico.

Orientamento contrapposto lo si ritrova in quella giurisprudenza che muove invece dalla premessa di non ritenere che l'eventuale funzione compensativa di una misura sia sufficiente a togliere alla medesima il carattere di aiuto di Stato ⁷⁰. Questa giurisprudenza ⁷¹ giunge a riconoscere l'incompatibilità di aiuti del genere anche quando la loro concessione sia finalizzata a recuperare la situazione di svantaggio concorrenziale delle imprese beneficiarie e, quel che più conta, vi giunge senza neppure porsi il problema di verificare l'effettiva sussistenza di questo svantaggio.

Nel complesso, emerge un orientamento prevalente, per quanto non univoco, a consentire gli aiuti di tipo compensativo. Poco importa che ciò dipenda dal modo in cui le relative misure sono qualificate, che appunto non vengono annoverate tra gli aiuti di Stato, piuttosto che dal riconoscere che esse non sono suscettibili di alterare la concorrenza. Questo orientamento e l'effetto che esso produce, di consentire appunto la compensazione di oneri (costituiscano o meno obblighi di

⁶⁹) Corte giust. 13 febbraio 2003 causa C409/00 *Regno Spagna c. Commissione*, punto 52.

⁷⁰) Corte giust. 29 aprile 2004 causa 372/97 *Repubblica italiana c. Commissione*, punto 67; ma già prima Corte giust. 10 dicembre 1969 cause 6-11/69 *Repubblica francese c. Commissione*, punti 20-21 e Corte giust. 19 maggio 1999, causa C6/97, *Repubblica italiana c. Commissione*, punto 21.

⁷¹) Condivisa e richiamata da A.Frignani-M.Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza*, cit. p. 317.

servizio pubblico) a carico delle imprese, è coerente con l'idea strutturale della concorrenza quale assetto *democratico* del mercato e contraddice invece la nozione di concorrenza come allocazione efficiente delle risorse.

6.- Il sicuro riconoscimento del fallimento della concorrenza

A fronte di tante incertezze, il dato più certo è che la Commissione dispone della possibilità di dichiarare compatibili anche misure di aiuto che falsano o minacciano di falsare la concorrenza e che incidono sugli scambi tra gli Stati membri (*interpretazione IV/b*)⁷². A rendere possibile un giudizio di compatibilità delle tipologie elencate dal par. 3 non è la circostanza che, tra tutte le misure di aiuto, sono le uniche a poter presentare la caratteristica di non alterare la concorrenza e di non incidere sugli scambi; questo giudizio attiene invece al diverso profilo della idoneità della misura di aiuto a realizzare valori che la concorrenza non riesce ad assicurare⁷³. Del resto, già la formulazione della norma depone a favore di questa interpretazione; si può aggiungere che ciò è poi confermato dalla attuazione che hanno avuto le norme del Trattato sugli aiuti.

Una prima conferma viene dalla esenzione degli aiuti *de minimis*. Questi, non soltanto sono consentiti, ma sono anche esclusi dall'obbligo di notifica e la loro erogazione non è subordinata ad alcuna decisione della Commissione: si è visto che il motivo di tutto ciò sta nella loro caratteristica di non alterare la concorrenza e/o di non incidere sugli scambi. Gli aiuti *de minimis* non sono compresi nell'elenco delle tipologie di aiuti che, ai sensi del par. 3, possono essere dichiarati compatibili; non sono neppure ascrivibili alla tipologia residuale di tale elenco, quella degli aiuti determinati "con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione" [par. 3 lett. e)], perché, come si è visto, il loro regime è stato stabilito, dapprima, da una comunicazione della Commissione e, poi, da

⁷²) In senso analogo, M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato*, cit p.211 e p. 237.

⁷³) Così Corte Cass. sez I 19 aprile 2000 n. 5087 cit. quando afferma che "gli aiuti di Stato... vietati in quanto tecnica che distorce per sua natura la concorrenza, sono, ovvero possono essere, compatibili, a seconda del caso, quando proprio la libera concorrenza deve essere corretta in direzione del soddisfacimento di esigenze non altrimenti soddisfabili".

regolamenti della stessa Commissione ⁷⁴. Ciò conferma l'interpretazione che si è data del par. 3: ed infatti, siccome vi sono aiuti non previsti nel relativo elenco che non alterano la concorrenza e non incidono sugli scambi ⁷⁵, la norma non può essere intesa nel senso di delimitare le tipologie che uniche possono presentare tale caratteristiche ed essere per questo riconosciute compatibili; la norma va invece interpretata nel senso che prevede ipotesi di aiuti che, nonostante alterino la concorrenza e/o incidano sugli scambi, possono essere dichiarati compatibili, evidentemente in considerazione di profili di altro genere.

Ulteriore conferma proviene dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che sul punto ha espresso in maniera univoca l'orientamento a riconoscere l'attribuzione alla Commissione non soltanto di un potere discrezionale ⁷⁶ (quale conseguirebbe dal solo fatto che la compatibilità può essere dichiarata), ma di un potere "il cui esercizio comporta valutazioni di ordine economico e sociale da effettuarsi in un contesto comunitario" ⁷⁷: in altri termini la Commissione nel valutare la compatibilità della misura di aiuto deve contemperare i contrapposti interessi pubblici alla tutela della concorrenza, da un lato, ed al perseguimento di quei valori (impliciti nella elencazione di tipologie effettuata dal par. 3) che il mercato, a causa dei suoi fallimenti, non è in grado di garantire. Logicamente l'esercizio di questa discrezionalità è sottoposto al controllo della Corte, la quale però "non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell'autorità

⁷⁴) Regolamento che la Commissione è stata abilitata ad emanare dal regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998 (GUCE L142 del 14 maggio 1998) per fissare la soglia al di sotto della quale si deve ritenere non ricorrano tutti i requisiti che rendono incompatibili le misure di aiuti (per C.Malinconico, *Aiuti di Stato*, cit., p. 71 gli aiuti *de minimis* presentano la caratteristica di non alterare la concorrenza e/o di non incidere sugli scambi).

⁷⁵) Logicamente, se si segue la concezione della concorrenza come allocazione efficiente delle risorse e se si accetta che qualsiasi misura di aiuto produce l'effetto di alterare la concorrenza bisogna ritenere che a qualificare gli aiuti *de minimis* sia la caratteristica di non incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

⁷⁶) Corte giust. 17 settembre 1980 cit. *Philip Morris* punto 17.

⁷⁷) Corte giust. 24 febbraio 1987 cit. *Deufil* punto 18; Corte giust. 14 febbraio 1990 cit. *Repubblica francese c. Commissione* punto 49; Corte giust. 21 marzo 1990 cit. *Regno del Belgio c. Commissione* punto 56; Corte giust. 21 marzo 1991 cit. *Repubblica italiana c. Commissione* punto 34; Corte giust. 14 settembre 1994 *Regno di Spagna c. Commissione* punto 51; Corte giust. 19 settembre 2000 *Repubblica federale di Germania c. Commissione* punto 67.

competente, ma deve limitarsi a stabilire se quest'ultima non sia viziata da errore manifesto o da sviamento di potere" ⁷⁸.

Una terza conferma è fornita dal modo in cui la Commissione ha fin qui esercitato il potere discrezionale conferitogli dal par. 3. Gli elementi più significati sono, a questo riguardo, il principio della *giustificazione compensatoria* e le *comunicazioni di inquadramento* ⁷⁹.

Il principio della *giustificazione compensatoria*, elaborato dalla Commissione e confermato dalla Corte di giustizia, significa che l'aiuto per poter essere riconosciuto compatibile deve rispondere all'interesse comunitario, nel senso di essere in grado di contribuire ⁸⁰ alla realizzazione delle politiche comunitarie ⁸¹. La possibilità di invocare una giustificazione compensatoria richiede che il pregiudizio derivante dalla distorsione della concorrenza sia comunque inferiore all'importanza per l'interesse comunitario dei problemi che la misura di aiuto è in grado di risolvere ⁸².

Con le *comunicazioni di inquadramento* la Commissione ha predefinito i criteri che intende utilizzare nel valutare la compatibilità delle misure di aiuto: in altri termini, con esse la Commissione ha autolimitato in via preventiva la discrezionalità che il Trattato gli conferisce ⁸³. Queste comunicazioni, oltre a precisare le caratteristiche che in via generale qualsiasi misura di aiuto deve presentare per poter essere giudicata compatibile, hanno anche precisato, con

⁷⁸) Corte giust. 15 dicembre 2005 *Unicredito italiano*, punto 71; ma anche Corte giust. 6 settembre 2006 *Repubblica portoghese c. Commissione*, punto 99.

⁷⁹) Per una ampia analisi di questo strumento, G.Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. ital, dir. pubbl. comun.* 1993 pp. 417 ss.

⁸⁰) Non è sufficiente che l'aiuto non nuoccia agli interessi comunitari, ma è anche necessario che sia a questi utile (S.Bosco, *Gli aiuti di Stato*, cit. p. 536).

⁸¹) Sul punto, per l'indicazione delle decisioni più significative della Commissione, T.Ballarino-L.Bellodi, *Gli aiuti di Stato*, cit., pp. 189 ss., ed anche per le indicazioni di giurisprudenza M.Orlandi, *Gli aiuti di Stato*, cit. pp. 208 ss.

⁸²) E' chiaro che il principio della giustificazione compensativa non ha nulla a che vedere con la questione degli aiuti compensativi vista precedentemente: nel primo caso ad essere compensata è l'alterazione della concorrenza ed a compensarla è il beneficio arrecato ad altri interessi della Comunità; nel secondo caso ad essere compensati sono gli oneri sopportati dall'impresa ed a compensarlo sono i benefici da questa ricevuti.

⁸³) G.Della Cananea, *Il ruolo della Commissione*, cit. p.425.

riguardo ai vari settori, le finalità che gli aiuti devono perseguire, venendo così ad enucleare veri e propri indirizzi di politica industriale. Il rilievo giuridico di questi indirizzi è stato poi riconosciuto dalla Corte giustizia che, nel pronunciarsi su ricorsi contro decisioni di incompatibilità di aiuti, ha ipotizzato la lesione dell'affidamento del soggetto interessato nel caso che tali indirizzi fossero disattesi⁸⁴.

In tempi recenti lo strumento delle *comunicazioni di inquadramento* è servito ad ampliare le ipotesi di aiuti da ritenere compatibili nonostante la loro attitudine ad alterare la concorrenza: ciò è avvenuto per fornire una risposta europea alla crisi che negli ultimi anni ha colpito, a livello mondiale, il mercato finanziario⁸⁵. Ma la Commissione è andata ben oltre questo strumento, nel senso che, invece della semplice predeterminazione dei modi di esercizio della propria discrezionalità, ha utilizzato il potere regolamentare, conferitole in materia dal Consiglio, per dare forma legislativa alla valutazione di compatibilità delle varie tipologie di aiuti e per sottrarre gli Stati membri dall'obbligo di notificare le relative misure⁸⁶. Merita rilevare la diversità di questo tipo di intervento rispetto a quello effettuato mediante la disciplina degli aiuti *de minimis*: in quel caso l'esenzione dall'obbligo di notifica si riferisce ad aiuti dichiarati compatibili, in via appunto preventiva e generale, in quanto non suscettibili di alterare la concorrenza e di incidere sugli scambi tra gli Stati membri; in questo caso, invece, la compatibilità è dichiarata facendo applicazione del par. 3, cioè ad aiuti di cui sono riconosciuti gli effetti distorsivi della concorrenza e degli scambi.

⁸⁴) Corte giust. 6 settembre 2006 cit. *Repubblica portoghese c. Commissione*, punti 100 ss.; fermo restando, logicamente, che tali indirizzi non possono derogare alla disciplina degli aiuti (Corte giust. 24 febbraio 1987 cit. *Deufl*, punto 22). In Tal senso, si veda G.Della Cananea, *Il ruolo della Commissione*, cit. pp. 423 e 431.

⁸⁵) Basti pensare alle comunicazioni relative agli aiuti alle banche, sulle quali si veda A.Tonetti, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Gior. dir. amm.* 2009, pp. 659 ss.; nonché S.Fortunato, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in www.astrid-online.it

⁸⁶) Si tratta del regolamento (CE) 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 (in GUCE L214 del 9 agosto 2008).

Questa evoluzione non è affatto influente per le questioni interpretative che in questa sede interessano, perché concorre a delineare uno scenario rispetto al quale le due nozioni di concorrenza, che si sono viste, presentano un differente grado di coerenza. Infatti, il problema che può creare una concezione rigorosa di concorrenza, quale quella che vi vede una allocazione efficiente delle risorse, è di riporre eccessive aspettative sull'assetto liberista del sistema, con l'esito di contrastare la consapevolezza dei fallimenti del mercato e di frapporre ostacoli alla adozione dei relativi rimedi. Viceversa una nozione meno rigorosa, quale quella di tipo strutturale, consente invece maggiori margini di intervento ai pubblici poteri: lo dimostra, ad esempio, la possibilità di ammettere aiuti compensativi di oneri imposti alle imprese, o comunque su queste gravanti. Si può allora immaginare che quanto più ampio è lo spettro dei profili per i quali è consentito un giudizio di fallimento del mercato e quanto maggiore è la possibilità di derogare alle regole della concorrenza per risolvere questi fallimenti, tanto più è praticabile una nozione rigorosa di concorrenza, la quale appare così la più coerente con gli strumenti a disposizione dei pubblici poteri.

Ma oltre a ciò vi sono anche profili di carattere istituzionale. In primo luogo, l'evoluzione che vi è stata nel modo di operare della Commissione sta ad indicare che la sottrazione delle misure di aiuto al controllo preventivo e l'esenzione dall'obbligo di notifica è possibile, non soltanto per le misure che non alterano la concorrenza e non incidono sugli scambi, ma è praticabile anche per quelle misure che, pur presentando simili effetti, servono a soddisfare esigenze che la concorrenza non riesce a garantire. In secondo luogo, il ruolo svolto dall'Unione europea sugli aiuti di Stato non sembra essere più quello, originariamente delineato dal Trattato, di un semplice controllo preclusivo concepito essenzialmente in funzione di limitazione impeditiva delle politiche nazionali ⁸⁷. Sembra ricorrere qualcosa di più di un semplice controllo: le politiche di finanziamento pubblico delle imprese sono ormai definite a livello europeo sia mediante le risorse che

⁸⁷) Si veda, I. Sigismondi, *Mercato e ordinamento: alcuni aspetti di interferenza/contiguità ed integrazioni*, in *Riv. Ital. dir. pubbl. comun.* 2007, pp. 969 ss.

l'Unione stessa destina direttamente a tale scopo, sia per mezzo della predeterminazione del tipo di aiuti che gli Stati membri possono istituire con le loro risorse. Già da tempo, molto prima dei recenti sviluppi, si è parlato di "comunitarizzazione"⁸⁸ della politica di incentivazione dell'attività economica; oggi si può dire che a consentire un aiuto suscettibile di alterare la concorrenza non è tanto la sua compatibilità con il mercato comune quanto piuttosto la sua coerenza con gli indirizzi elaborati a livello europeo e con il coordinamento, effettuato a tale livello, delle politiche nazionali. In un contesto del genere, appare preferibile che nel valutare l'ammissibilità o meno di una misura di aiuto si parli di questa coerenza e non si nasconda il problema con il disquisire sulla alterazione che la misura può apportare alla concorrenza.

In definitiva, l'adesione netta ad una delle due concezioni di concorrenza è la condizione per superare le molte incertezze presenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia. L'adesione poi alla più rigorosa di queste concezioni, quella che la concepisce in termini di efficiente allocazione delle risorse, appare la più coerente con l'aumentato rilievo delle deroghe alla concorrenza consentite dal par 3 dell'art 107 e con il ruolo svolto al riguardo dalla Commissione. Ed infatti, a fronte della consapevolezza circa i fallimenti del mercato, una concezione rigorosa della concorrenza richiede il riconoscimento di ampie possibilità di consentire anche aiuti suscettibili di alterare la concorrenza; specularmente, il riconoscimento di queste ampie possibilità, quale ha caratterizzato l'applicazione del par 3 dell'art 107, dovrebbe avvalorare proprio la medesima concezione rigorosa di concorrenza. Certo, con questo non si vuole sostenere che l'altra concezione di concorrenza, quella meno rigorosa di tipo strutturale, non è anch'essa coerente con l'ampia possibilità di consentire deroghe al divieto di aiuti: la differenza la si coglie sul piano istituzionale, nel senso che, seguendo la concezione più rigorosa, gli aiuti di Stato sono ammessi soltanto in via derogatoria, mentre secondo l'altra concezione possono anche ricorrere aiuti non suscettibili di alterare la concorrenza: il fatto è

⁸⁸) Il termine è riportato da G.Della Cananea, *Il ruolo della Commissione*, cit. p. 436.

che la decisione sulle deroghe è riservata alla Commissione, e gli Stati membri non hanno alcun potere al riguardo, per cui l'adesione alla prima delle due concezioni appare in linea con l'ampliato ruolo che in questo settore la Commissione è andata progressivamente svolgendo.