

ISTITUTO DI ECONOMIA E FINANZA

DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI
FILOSOFICI ED ECONOMICI



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

PUBLIC FINANCE RESEARCH PAPERS

Dal controllo ex ante al controllo ex post: la rivoluzione della modernizzazione degli aiuti di Stato

MARCO BOCCACCIO

E-PFRP N. 22

2016

Marco Boccaccio

Università di Perugia

Email: marco.boccaccio@unipg.it

Please cite as follows:

Marco Boccaccio (2016), "**Dal controllo ex ante al controllo ex post: la rivoluzione della modernizzazione degli aiuti di Stato**", *Public Finance Research Papers*, Istituto di Economia e Finanza, DIGEF. Sapienza University of Rome, n.22

(<http://www.digef.uniroma1.it/ricerca>)

Marco Boccaccio

Dal controllo ex ante al controllo ex post: la rivoluzione della modernizzazione degli aiuti di Stato

Abstract

Shifting control from ex ante to ex post: the revolution of state aid modernization.

In 2012 European Commission started a comprehensive reform of state aid control. The core of the reform is Regulation n. 651/2014, which extends the exemption from notification obligation to a wide number of aid measures. This is not only a quantitative change but a qualitative one as well. Member states are called to verify the respect of the conditions for the exemption should comply with information obligations and in some cases must evaluate the effect of the aid measures adopted. This substantial shift from the traditional ex ante to ex post control should render easier for Member States to grant aids, which are assumed compatible with the internal market. Nevertheless, some fear the danger that an effective control will be weakened.

JEL Classification codes: H10, H 50, L88

Keywords: European competition policy, state aid control, modernization

§ 1. La disciplina di controllo degli aiuti di Stato ha subito una notevole evoluzione nel corso del tempo che ne ha esteso progressivamente l'ambito di applicazione e ha portato ad articolare meglio le tipologie di intervento. Quello che per lungo tempo è stato il figlio di un dio minore nel più ampio contesto della *competition law* europea¹, rimasto in secondo piano rispetto ad *antitrust* e *merger control*, ha progressivamente conquistato il centro della scena. Il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina riguardanti sia le tipologie di misura d'aiuto assoggettata al controllo sia la natura dei beneficiari, ha subito una *accelerazione* nel 2005 con l'adozione del Piano d'azione². Il piano d'azione ha tracciato alcune linee programmatiche per lo sviluppo del sistema fissando un obiettivo generale sintetizzato nello slogan "meno aiuti e più mirati", cioè nello sforzo di ridurre l'ammontare complessivo degli aiuti che gli Stati membri concedono alle imprese, privilegiando al tempo stesso quelli di natura orizzontale, per loro natura meno suscettibili di produrre effetti discorsivi e invece maggiormente idonei a rimediare a fallimenti del mercato.

La crisi economico finanziaria esplosa nel 2008 ha in qualche modo interrotto il processo innescatosi dopo l'adozione del Piano d'azione che stava manifestando segnali positivi. Per avere un'idea di quanto avvenuto a livello europeo, dovrebbe essere sufficiente ricordare che nell'area dell'Europa a 27 Stati membri gli aiuti di Stato sono passati da un'incidenza del 1% del PIL del 2007 al 13% nell'arco temporale che va dal 2007 al 2013 con un tasso di incremento di nuovi casi di aiuto di Stato tra i 900 e i 1000 all'anno³.

In ogni situazione di crisi economica si assiste a una richiesta di maggiore intervento pubblico e di corrispondente allentamento del controllo antimonopolistico⁴. Una

¹ Besley T., Seabright P., 1998, "The Effects and Policy Implications of State Aid Policy: an Economic Analysis", *Report to DG-III of the European Commission*.

² Commissione Europea "Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato".

³ Mautino L. (ed.), 2013, "A Brave New World: Implications of State Aid Modernisation", Oxera Agenda, *Advancing Economics in Business*, www.oxera.com. Se si scorrono i dati si può notare che il trend innescato dal Piano d'azione è comunque proseguito anche durante la crisi. Se infatti si escludono dal computo gli aiuti alle istituzioni finanziarie (e quelli al settore ferroviario che occupa un posto particolare nel sistema) dal 2008 al 2013 l'ammontare complessivo si è ridotto da 77 a 63 miliardi di dollari cfr. Luja R., 2015, "EU State Aid Law and National Tax Rulings", DG for Internal Policies, European Commission, Bruxelles. L'andamento non è ovviamente uniforme per tutti gli Stati Membri. Per quanto riguarda il confronto tra gli anni 2005-2007 e 2008-2010 con riferimento agli aiuti a industria e servizi, per 11 Stati si è registrata una riduzione del volume di aiuti mentre per 16 altri un aumento cfr. Camera dei Deputati XVI Legislatura, "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE", Documentazione per le Commissioni, Esame di atti e documenti dell'Unione Europea, edizione aggiornata n. 129, 5 ottobre 2012, pg. 10.

⁴ Sui problemi che la crisi pone all'intera competition policy e in particolare al controllo degli aiuti di Stato cfr. ad es. Gerard D., 2008, "Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, not of the Problem", *Global Competition Policy*, E-PFRP N. 22

parte degli interventi evocati sono effettivamente giustificati dalla crisi e svolgono una funzione anticiclica, quelli alle istituzioni finanziarie per evitare che si inneschi un effetto domino ma anche quelli volti a rimediare alla disoccupazione e quelli al finanziamento di opere pubbliche; la crisi può viceversa essere utilizzata come pretesto per ottenere aiuti finalizzati esclusivamente a risolvere una situazione di sofferenza dell'impresa che non ha origine sistemica ma che dipende dall'inefficienza del singolo operatore economico, o di un particolare settore, che si trova di conseguenza in difficoltà ad affrontare la concorrenza estera.

La crisi economica ha enfatizzato alcuni problemi di funzionamento della disciplina, preesistenti alla crisi ma che essa ha enfatizzato. Si è presentata quindi l'occasione per intraprendere una riforma comprensiva per il superamento dei principali difetti del sistema di controllo degli aiuti adeguandolo al tempo stesso alle nuove condizioni determinate dalla recessione economica.

Così, dopo il superamento della fase acuta ed emergenziale, nella quale gli sforzi della Commissione europea si sono concentrati innanzitutto sul settore finanziario⁵, nel maggio 2012 con la Comunicazione "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE"⁶ ha preso il via un processo di revisione dell'intero comparto del controllo degli aiuti statali.

Il progetto di modernizzazione si sviluppa lungo alcune linee strettamente connesse tra loro, che intersecano e reciprocamente si rafforzano.

Innanzitutto c'è l'obiettivo di rendere questo strumento più agile e funzionale alle finalità che persegue. In quest'ottica si intende razionalizzare e semplificare le norme favorendo così la possibilità di prendere delle decisioni più rapide, efficaci e più coerenti. Questo obiettivo si sviluppa lungo due direttrici. La prima riguarda la riforma delle regole procedurali, che comprende un Regolamento del Consiglio⁷ con il quale si introducono alcune novità riguardanti la gestione dei casi da parte della Commissione, il possibile ricorso a nuovi strumenti come i *market tools* e le indagini settoriali, e un Regolamento della Commissione⁸ con il quale vengono fissati alcuni criteri applicativi, ai quali va aggiunta una Comunicazione della Commissione in

www.globalcompetitionpolicy.org ; Gerard D., 2009, "EC Competition Law Enforcement at Grips with the Financial Crisis: Flexibility on the Means, Consistency in the Principles", *Concurrences*, n.1, pp. 46-62; Mateus A.M., 2009, "The Current Financial Crisis and State Aid in the EU", <http://ssrn.com/abstract=1500532>.

⁵ Per un riferimento alle norme sugli aiuti di Stato adottate come reazione alla crisi cfr. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE" Bruxelles, 8.5.2012, COM(2012) 209 final.

⁷ Regolamento (UE) n. 734/2013 del Consiglio del 22 luglio 2013 che modifica il regolamento (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE.

⁸ Regolamento (UE) n.372/2014 della Commissione del 9 aprile 2014 che modifica il regolamento (CE) n.794/2004 per quanto riguarda il calcolo di alcuni termini, il trattamento delle denunce e la tutela della informazioni riservate.

materia di trasparenza⁹. La seconda direttrice è di natura **sostanziale**. In particolare è emersa l'esigenza di rendere omogenei i criteri di valutazione della compatibilità che presentavano delle distonie dovute a una disciplina cresciuta nel corso del tempo in maniera rapsodica. Evitare sovrapposizioni e incongruenze dovrebbe rendere più efficiente il sistema. Si è quindi proceduto a rendere più coerenti le diverse linee guida a sullo sfondo avrebbe dovuto collocarsi come primo documento una **comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto**. Contrariamente alle intenzioni, la Comunicazione è stata l'ultimo documento adottato, nel maggio 2016¹⁰. In essa la Commissione, non volendo né potendo innovare sul piano interpretativo, cerca di fornire una guida agli Stati membri evidenziando come la giurisprudenza ha interpretato innanzitutto la nozione di impresa e quindi di attività economica che definisce il perimetro all'interno del quale si muove il controllo degli aiuti; inoltre, come sono stati interpretati i diversi requisiti sui quali si articola la fattispecie dell'*aiuto incompatibile* come disegnata dall'articolo 107.1 TFUE. E cioè l'utilizzo di risorse imputabili allo Stato, il vantaggio che in tal modo si determina in capo ai beneficiari dell'aiuto, la natura selettiva dell'aiuto stesso che per essere rilevante non è sufficiente che migliori la condizione del beneficiario ma che agisca in modo discriminatorio, gli effetti che l'aiuto produce sugli scambi tra gli Stati membri e, anche solo in via potenziale, sulla concorrenza nel mercato interno. La Commissione dedica particolare attenzione sugli aspetti ancora controversi e di maggior difficoltà concettuale¹¹.

Sotto l'aspetto che potrebbe essere definito *strategico*, con la modernizzazione si intende inserire in modo più organico e coerente la politica di controllo degli aiuti all'interno del sistema europeo attraverso un migliore coordinamento con le altre iniziative intraprese per la realizzazione della strategia di Lisbona 2020¹². Anche sotto questo profilo la modernizzazione segue e rafforza l'impostazione presente già in nuce nel Piano d'azione del 2005. La politica degli aiuti esce così dall'isolamento e viene rimodellata in modo da contribuire all'evoluzione di un mercato interno più

⁹ Comunicazione della Commissione che modifica le comunicazioni della Commissione relative, rispettivamente, agli orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, agli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive, agli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio e agli orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree (2014/C 198/02).

¹⁰ European Commission, "Commission Notice on the notion of State Aid as referred to in Article 107 (1) TFEU.

¹¹ Quigley C., 2013, "The European Commission's Programme for State Aid Modernization", *Maastricht Journal*, 20, pp. 35-55, <http://maastrichtjournal.eu>.

¹² Kleiner T., 2005, "Reforming State Aid Policy to Best Contribute to the Lisbon Strategy for Growth and Jobs", *Competition Policy Newsletter*, number 2, summer.

forte e dinamico considerato il miglior asset per garantire la crescita economica. Questo mutamento di rotta incide inevitabilmente anche sul modo in cui la disciplina viene applicata. È in questo ambito che emerge la distinzione fondamentale tra aiuti “buoni” e aiuti “cattivi”, e vengono quindi identificati sette principi comuni per la qualifica di un aiuto come “buono”: deve contribuire a raggiungere un obiettivo ben definito di interesse comune; l’intervento dello Stato deve essere necessario; deve essere adeguato; deve essere proporzionato; deve avere un effetto di incentivazione; deve comportare un impatto ridotto sulla concorrenza e sugli scambi e infine deve essere trasparente.

Tale distinzione tra aiuti buoni e cattivi deve essere letta e interpretata principalmente alla luce della nozione economica di fallimento del mercato¹³. Così l’approccio economico, che già veniva indicato dal Piano d’azione come un elemento da rafforzare per indirizzare il controllo degli aiuti verso la crescita economica, ottiene nella modernizzazione una ulteriore centralità¹⁴. Tale ruolo è confermato dalla innovativa introduzione della valutazione ex post per certe categorie di aiuto che come si vedrà in seguito si articola sull’utilizzo di modelli economici, sovente di natura quantitativa, che finiscono per integrarsi nel processo di evoluzione normativa. Questo nuovo strumento ha infatti la duplice funzione da un lato di contribuire alla individuazione degli aiuti buoni rispetto a quelli cattivi e dall’altro di confermare una linea di continuità nella politica di controllo degli aiuti guidandone le modifiche. Il focus proprio della modernizzazione sulla distinzione tra aiuti buoni e cattivi è funzionale anche a rendere più efficiente l’uso di risorse pubbliche da parte degli Stati membri, collegando così il controllo degli aiuti alla politica europea volta a disciplinare le politiche di bilancio tramite il risanamento delle rispettive finanze pubbliche, un ruolo che si rivela di particolare importanza in un contesto di scarsità di risorse come quello attuale.

Le regole di controllo degli aiuti non va pertanto considerata isolatamente ma come tassello di una rete più ampia le cui diverse parti sono interconnesse.

¹³ Nicolaidis P., 2014, “Ex post evaluation. A new state aid instrument”, : “the state aid modernization that was launched by the european commission in May 2012 aims primarily to channel state aid to remedying genuine market failures”, *Recent Developments in State Aid*, Lexxion Publisher, www.lexxion.eu.

¹⁴ Sull’approccio economico cfr ad es. Spector D., 2009, “State Aids: Economic Analysis and Practice in the European Union”, in Vives X. Ed. *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press; Haucap J., Schwalbe U., 2011, “Economic Principles of State Aid Control”, Discussion Paper n. 17, Düsseldorf Institute of Competition Economics; Neven D., Verouden V., 2008, “Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control”, in Mederer W. , Pesaresi N., Van Hoof M. eds., *EU Competition Law – vol. IV State Aid*, Claeys & Casteels; Friederiszick H.W. , Röller L.-H., Verouden V., 2008, “European State Aid Control: An Economic Framework”, in Buccirossi P. ed., *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge , Mass.: The MIT Press.

Infine, nel progetto di modernizzazione l'obiettivo di rendere più agile ed efficiente il controllo si manifesta in una chiara tendenza al decentramento che in parte riprende l'analogia filosofia seguita nel contesto della modernizzazione dell'antitrust europeo. Si vuol tenere conto in questo modo sia dei mutamenti intervenuti nel corso del tempo nella realtà del mercato unico sia dell'allargamento nel numero degli Stati membri; questa tendenza riflette però anche il contesto attuale di crisi con la già citata scarsità di risorse che esso ha determinato. In tale contesto emerge la necessità di fissare delle priorità operative per evitare che le risorse a disposizione siano sovra impiegate in utilizzi di importanza relativamente minore e sottoutilizzate negli ambiti di intervento cruciale. Ci si è accorti che la Commissione era gravata da un numero esorbitante di notifiche gran parte delle quali riferite a misure d'aiuto che l'esperienza trascorsa della Commissione aveva già permesso di classificare come rientranti in una delle deroghe di compatibilità previste dall'articolo 107 ai paragrafi 2 e 3. Si trattava quindi di un carico di lavoro sostanzialmente routinario, quasi che le decisioni della Commissione finissero per essere un esercizio "a esito scontato", che impiegava un ammontare sproporzionato di risorse (sia di unità di lavoro che di tempo) distogliendole da un utilizzo più efficace. Il sistema così strutturato sottraeva quindi risorse all'analisi delle situazioni maggiormente controverse, quelle in cui la misura d'aiuto a causa del suo ingente ammontare ha un impatto distorsivo potenzialmente molto ingente sul mercato interno, e quelle riguardanti forme d'aiuto che presentano profili di novità tali per le quali non esiste una sufficiente esperienza di indagine della Commissione né una consolidata giurisprudenza interpretativa. Dato questo scenario si manifestava l'opportunità di procedere a un riequilibrio in base a una gerarchizzazione delle priorità di intervento.

La soluzione adottata dalla modernizzazione è stata quella di estendere il più possibile l'ambito delle misure d'aiuto per le quali gli Stati sono esentati dall'obbligo di notifica previsto dall'articolo 108.3 FTUE. Tale estensione copre quasi completamente le ipotesi di deroga stabilite dall'articolo 107 ai paragrafi 2 e 3, e viene realizzata in maniera diretta attraverso il nuovo regolamento generale di esenzione¹⁵. In questo modo non solo la Commissione evita un impiego di risorse per procedimenti di valutazione che alla fine avrebbero un esito scontato nel senso di una decisione positiva, potendosi concentrare sui casi di maggiore rilievo e difficoltà interpretativa, ma al tempo stesso si riducono i costi per gli Stati derivanti dalla procedura di notifica e dall'attesa che devono rispettare a causa della clausola di sospensione, potendo intervenire in modo più celere e quindi efficace.

15 Regolamento (UE) N. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato. Nicolaidis P., 2014, "The New General Block Exemption Regulation: The Cornerstone of the State Aid Regime, 2014-2020", <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/24>

Questo processo che, seppur impropriamente potremmo definire di decentramento decisionale¹⁶ è l'architrave del nuovo sistema e porta con esso una serie di altre modifiche. Vengono fissate ad esempio delle "garanzie" consistenti in alcuni obblighi informativi a carico degli Stati membri volte a fornire il terreno preparatorio per le verifiche del rispetto dei requisiti del sistema, cioè della presenza delle condizioni per l'esenzione; viene rinforzato il controllo successivo della Commissione stessa, compresa la possibilità di revoca dell'esenzione; la responsabilizzazione degli Stati membri comprende i maggiori oneri che gravano sugli Stati membri per i casi nei quali essi decidano di percorrere la strada della notifica; si inseriscono in questo contesto nuovi strumenti come la già citata valutazione ex post. Infine, un ruolo di controllo può essere svolto dal settore privato stesso. La concessione di un aiuto in violazione dei requisiti fissati per godere dell'esenzione infatti espone le imprese beneficiarie all'azione di recupero dell'aiuto, con evidente incidenza sull'attività dell'impresa. Questo pericolo dovrebbe indurre le imprese interessate alla concessione di aiuti a sorvegliare che le autorità concedenti adempiano agli oneri previsti dalla normativa. In più, la possibilità di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno si può rivelare in un contesto del genere uno strumento ulteriore di controllo esterno al buon funzionamento del sistema essere utilizzato dai concorrenti che sono stati esclusi dalla concessione dell'aiuto.

Definito questo quadro d'insieme, il presente lavoro procederà nel seguente modo. Innanzitutto si introduce la questione dello spostamento dell'enfasi da ex ante a ex post nell'ambito di quella che è la *ratio* sottostante l'intero sistema di controllo degli aiuti. In questo modo si intende verificare se il cambiamento portato dalla modernizzazione può essere classificato come una vera e propria rivoluzione oppure se costituisce solo l'evoluzione di un elemento già presente all'interno del sistema. Il chiarimento di questo aspetto dovrebbe quindi agevolare la comprensione della nuova architettura di controllo. Verranno quindi tratteggiati gli aspetti caratterizzanti il regolamento generale di esenzione, collegandolo però con gli altri strumenti posti al rafforzamento della disciplina degli aiuti e resi necessari dal cambiamento di prospettiva; in particolare, l'enfasi verrà posta sulla diversa e maggiore incidenza della valutazione economica che ha superato il precedente balancing test per adottare il più approfondito common assessment¹⁷ inserito nelle diverse linee guida

¹⁶ Impropriamente perché la Commissione mantiene il monopolio sulla valutazione di compatibilità e distribuisce solo in modo diverso gli oneri di adempimento agendo attraverso un sistema di presunzioni

¹⁷ I lineamenti si trovano nel documento "Common Principles for an Economic Assessment of the Compatibility of State Aid Under Article 87.3". Le principali *novità* consistono in una maggiore attenzione alle alternative possibili all'aiuto per ovviare a un fallimento del mercato e a una più approfondita analisi degli effetti dell'aiuto; inoltre, nella logica della responsabilizzazione degli Stati e del decentramento, l'onere della prova viene spostato sullo Stato membro.

relative agli aiuti ancora soggetti a notifica e sulla valutazione ex post da un lato, e ai problemi di coordinamento dell'azione ai vari livelli (europeo e nazionale) che emergono nel nuovo contesto.

§ 2. Lineamenti del sistema. Il sistema europeo di tutela della concorrenza si articola su quattro pilastri: repressione delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante (*antitrust*), controllo delle operazioni di fusione e incorporazione (*merger control*), controllo degli aiuti di stato alle imprese, e incentivazione dell'apertura dei mercati regolamentati (politiche di liberalizzazione). La disciplina sul controllo degli aiuti di Stato è quindi organicamente complementare a quella dell'*antitrust* e del controllo delle concentrazioni al fine di realizzare l'obiettivo comune di proteggere un mercato unico alimentato dal meccanismo concorrenziale ma contribuisce anche alla politica di apertura dei mercati. I diversi pezzi del sistema sono strettamente collegati tra loro e sovente *antitrust* e aiuti di Stato non si sono limitati a sorvegliare il libero gioco della concorrenza ma hanno contribuito a costruire il contesto concorrenziale, rivelandosi quindi funzionali alla politica di liberalizzazione.

La presenza di regole di concorrenza attivate a livello sovranazionale che hanno come destinatari diretti gli Stati e non le imprese è una delle principali peculiarità del diritto della concorrenza europeo rispetto ad analoghi sistemi¹⁸. Si tratta di una peculiarità che necessita di una spiegazione ad hoc non solo per comprendere il sistema nel suo complesso ma anche, con uno sguardo più mirato, perché sia la particolare struttura dell'*enforcement* degli aiuti sia l'evoluzione del controllo dall'approccio ex ante a quello ex post vanno inserite in quella particolare architettura istituzionale e ne traggono giustificazione.

Il secondo aspetto caratteristico della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato è infatti quello del meccanismo di *enforcement* che si articola su un controllo esercitato preventivamente (ex ante). Com'è noto, a un divieto generalizzato degli aiuti di Stato che soddisfano i requisiti descritti nell'articolo 107 paragrafo 1 del TFUE corrispondono alcune possibilità di deroga contenute nello stesso articolo 107 ai paragrafi 2 e 3. A norma dell'articolo 108 TFUE, per poter usufruire di una di tali deroghe lo Stato deve notificare la misura che intende adottare alla Commissione, detentrica del potere monopolistico di concedere o meno la deroga, e deve attendere la decisione della stessa prima di procedere all'esecuzione della misura e quindi all'erogazione dell'aiuto. Ci si può domandare come mai, a differenza di quanto accade tradizionalmente per l'applicazione delle regole *antitrust*¹⁹ e in

¹⁸ Questa peculiarità ha rappresentato il "modello" del codice dei sussidi a livello GATT cfr. Ehlerman C.-D., 1994, "State Aid Control in the European Union: Success or Failure?", *Fordham International Law Journal*, vol. 18, issue 4, article 6, pp. 1212- 1229.

¹⁹ Nel diritto europeo per quanto riguarda le intese fino alla modernizzazione introdotta con il Regolamento 1/2003, anche per le intese restrittive della concorrenza il Regolamento 17/1962 disegnava un sistema simile di applicazione dell'articolo 101 TFUE con divieto generalizzato e possibili eccezioni per godere delle quali occorre la notifica alla Commissione che aveva il monopolio per la sua concessione. Una differenza sostanziale consiste nel fatto che per gli

analogia invece a quanto avviene con il *merger control*, in questo ambito il meccanismo di controllo si attivi ex ante e non ex post.

È possibile ipotizzare che i due principali aspetti del sistema, l'esistenza di un controllo sovranazionale sugli aiuti di Stato e la sua natura ex ante, siano strettamente collegati tra loro e che le giustificazioni che si trovano alla base degli stessi siano anch'esse strettamente collegate e complementari. Al contempo, come cercheremo di mettere in evidenza, nel corso del tempo è intervenuta una modifica nelle condizioni di partenza che ha in qualche modo reso indipendenti questi due elementi del sistema.

§ 3. Iniziamo con una breve ricerca delle giustificazioni per avere un controllo sovranazionale sugli aiuti di Stato che rafforzi l'insieme delle "normali" regole antimonopolistiche.

Una prima spiegazione, più generale e in qualche modo ovvia, è quella del possibile conflitto tra le finalità di politica industriale perseguite dai singoli Stati, spesso ispirate a logiche di stampo protezionistico, e l'obiettivo predominante a livello europeo della creazione del mercato unico e del suo buon funzionamento in base al meccanismo concorrenziale. A differenza di quanto accaduto negli Stati Uniti all'epoca della prima legislazione antimonopolistica, la struttura dell'economia europea nel dopoguerra presentava da un lato una diffusa cartellizzazione delle imprese private e dall'altro una massiccia presenza statale in economia, con una serie di mercati nazionali segmentati sia all'interno che nei rapporti internazionali ad opera di barriere agli scambi per lo più di natura pubblica. Per giungere alla creazione di un mercato unico era quindi necessario non solo agire sul fronte delle restrizioni poste in essere dai soggetti privati ma eliminare le restrizioni di origine statale. In questo contesto però il compito diventa più arduo visti i margini di sovranità e conseguente autonomia d'azione mantenuti dagli Stati membri soprattutto all'inizio del processo di unificazione. Le interferenze degli Stati nel funzionamento del mercato possono essere dirette (barriere normative, regolamentari ecc.) oppure indirette tramite il sostegno economico a imprese altrimenti scarsamente competitive. Indebolendo il vincolo di bilancio delle imprese, il sistema dei sussidi alle imprese nazionali pone i beneficiari in una posizione competitiva artificiale rispetto ai concorrenti stranieri rallentando se non impedendo l'integrazione in un mercato unico. Gli effetti della lotta ai monopoli privati e della progressiva eliminazione delle barriere alla creazione del mercato interno poste da una legislazione protezionistica ormai incompatibile con il Trattato, possono in qualche modo essere affievoliti se non neutralizzati attraverso il sistema di sussidi a difesa delle imprese nazionali meno efficienti di quelle degli altri Stati membri.

aiuti di Stato il meccanismo di controllo si colloca al vertice delle fonti del diritto europeo, cioè nel Trattato, mentre per le intese era affidato a un Regolamento. In altri termini, nell'antitrust il monopolio della Commissione dell'applicazione dell'articolo 101.3 era una scelta politica che avrebbe potuto essere diversa fin dall'inizio e che è stato possibile modificare per Regolamento. Nell'ambito della disciplina sul controllo degli aiuti invece tale monopolio essendo inserito nel Trattato non è modificabile da un Regolamento.

E-PFRP N. 22

Questa spiegazione di prima approssimazione può essere articolata meglio mettendone in evidenza alcuni profili più specifici.

In particolare si può giustificare il controllo sovranazionale sotto tre aspetti strettamente collegati tra loro. Innanzitutto lo si può intendere come modo per risolvere un problema del tipo “dilemma del prigioniero”; in secondo luogo come soluzione di una particolare forma distorsiva del processo decisionale pubblico; infine come “effetto annuncio” per eliminare un meccanismo di distorsione nelle scelte di investimento da parte delle imprese.

Partiamo dal primo profilo. Il dilemma del prigioniero è una costruzione concettuale che mette in evidenza l'esistenza di un possibile dilemma della razionalità, una costruzione che si contrappone in qualche modo alla spiegazione dell'interazione sociale fornita dal teorema della mano invisibile o che, quanto meno, ne traccia dei confini di applicabilità. Secondo l'impostazione basata sulla mano invisibile il comportamento auto interessato che ben presto assume la veste della massimizzazione di breve periodo (questa la nozione ristretta di razionalità su cui si fonda), permette non solo di massimizzare il benessere individuale ma anche quello collettivo. Il dilemma del prigioniero sottolinea invece come in certi contesti il comportamento auto interessato non solo non permette di massimizzare il benessere collettivo ma è di ostacolo anche al perseguimento del massimo benessere individuale che potrebbe essere ottenuto date le circostanze presenti in quella particolare situazione²⁰. Il caso degli aiuti di Stato risponderrebbe a questo schema. Uno Stato sussidia a fini protezionistici le imprese nazionali per metterle in una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti stranieri. Questo tipo di comportamento appare razionale. Se però tutti gli Stati ragionano allo stesso modo e si comportano di conseguenza, allora si innescherà una corsa ai sussidi che lascerà sostanzialmente invariate le posizioni relative delle imprese nazionali rispetto a quelle estere, incidendo negativamente sui bilanci pubblici. Insomma, si innesca un gioco a somma negativa nella quale lo Stato membro si trova intrappolato nonostante si possa rendere conto delle conseguenze irrazionali del proprio comportamento in termini di inefficiente utilizzo di risorse pubbliche. Se qualcuno degli Stati partecipanti a questo “gioco” cercasse di interrompere il circolo vizioso rinunciando per primo a elargire sussidi, si troverà a non difendere più le imprese nazionali che soccomberanno alla concorrenza estera, con prevedibili conseguenze in termini politici oltre che economici. E' un classico problema di azione collettiva.

Anche in presenza di un eventuale accordo tra gli Stati per astenersi dal proteggere in modo anticoncorrenziale le imprese nazionali, in assenza di sanzioni attivate da un terzo, la strategia dominante, cioè la condotta che è conveniente tenere qualunque sia l'altrui comportamento, sarà per ciascuno di essi quella di non rispettare l'accordo, facendolo fallire.

²⁰ Sul dilemma del prigioniero cfr. ad esempio Schelling T.C., 1980, *“The Strategy of Conflict”*, Cambridge, MA:Harvard University Press in particolare p. 214, n .4 e il lavoro classico di Luce R.D., Raiffa H., 1957, *“Games and Decisions: Introduction and Critical Review”*, Cambridge MA: Harvard University Press.

L'uscita dal dilemma del prigioniero è solitamente individuata nell'intervento coercitivo di natura esogena che impone a tutti di rispettare un impegno a tenere la condotta virtuosa sanzionandone le deviazioni. Questo accade con le norme sul controllo degli aiuti di Stato il cui *enforcement* è posto a livello sovranazionale.

Qui si innesta un secondo motivo per l'intervento esogeno in repressione degli aiuti di Stato, quello basato sul problema posto a un corretto processo decisionale pubblico dall'azione dei gruppi di pressione.

L'analisi economica della politica sviluppata all'interno del più ampio movimento di *public choice* ha messo in evidenza l'inadeguatezza dell'approccio così detto del dittatore illuminato che assume che il decisore pubblico abbia tutte le informazioni rilevanti e agisca per massimizzare il benessere collettivo, facendo emergere l'esistenza di una funzione di utilità propria del politico, differente e spesso in contrasto con quella dei cittadini elettori. Il politico ha come obiettivo quello di essere rieletto e quindi privilegerà quelle politiche che creano maggiore consenso ma che non sono necessariamente quelle che determinano il maggiore benessere per la collettività. La radice del problema si trova nel fatto che i benefici e i costi di una decisione politica non si distribuiscono in modo simmetrico su tutti i cittadini. In alcuni casi i benefici sono concentrati su un gruppo ristretto di soggetti mentre i costi vengono spalmati su una platea molto ampia. In altri termini, il beneficio unitario è molto elevato mentre il costo unitario è ridotto, incentivando la mobilitazione da parte dei potenziali beneficiari di una decisione che presenta tali caratteristiche, mentre la resistenza da parte di coloro che ne sopportano il costo può essere molto flebile. In casi del genere i costi per la società nel suo complesso possono superare i benefici complessivi e la decisione essere quindi inefficiente; nonostante ciò i politici la approveranno in Parlamento per evitare di perdere voti dei beneficiari della stessa alle elezioni successive, a fronte dell'improbabilità che i soggetti contrari sottraggano il loro sostegno vista la scarsa incidenza che tale misura ha su di loro.

Questo è quanto si verifica quando lo Stato interviene per sussidiare un'impresa nazionale o un insieme di imprese nazionali a scapito degli attuali o potenziali concorrenti stranieri. I lobbysti di quell'impresa o di quel particolare settore produttivo agiranno sui politici per far approvare tali misure, promettendo il voto o minacciando il ritiro del voto in caso di mancanza di sostegno, a fronte di una opposizione molto debole se non del tutto assente. Il divieto posto a livello sovranazionale di concedere aiuti permette ai governanti di resistere alla pressione dei gruppi di interesse senza avere conseguenze negative sotto il profilo politico e anzi scaricando l'ostilità politica sulle autorità europee. La rinuncia al potere di concedere sussidi rappresenta quindi un esempio della più ampia categoria delle strategie autovincolanti dirette a ovviare ai problemi derivanti da debolezza della volontà²¹.

²¹ Elster J., 1983, "*Ulisse e le Sirene. Indagini sulla Razionalità e l'Irrazionalità*", Bologna: Il Mulino.

Passiamo ora al terzo profilo. Il fatto per cui l'azione dei gruppi di pressione distorce il processo decisionale pubblico agevolando l'adozione di soluzioni inefficienti giustifica l'intervento sovranazionale non solo per tutelare direttamente il buon funzionamento delle decisioni pubbliche che incidono sul mercato ma anche per introdurre un ulteriore elemento di efficienza nel sistema. Se infatti le imprese sanno che possono ottenere delle rendite monopolistiche attraverso l'intervento pubblico, si innescherà una concorrenza tra esse motivata dalla prospettiva dei sovraprofiti che potranno ottenere grazie alla tutela statale. Questa attività di investimento finalizzato alla rendita (*rent seeking*) è un costo aggiuntivo del monopolio, aggiuntivo cioè rispetto alla sola perdita secca derivante direttamente dalla distorsione allocativa provocata dall'artificiale vantaggio competitivo²² dovuto all'intervento statale. Il divieto di concedere aiuti elimina questa possibilità da parte delle imprese e quindi disincentiva all'investimento in *rent seeking* contribuendo al miglioramento dell'uso delle risorse economiche disponibili, limitando allo stesso tempo le distorsioni nel processo di decisione politica.

Sembra che la disciplina sul controllo degli aiuti di Stato contribuisca quindi a perseguire l'obiettivo dell'efficienza sotto diversi profili. Innanzitutto nella sua funzione esplicita di mantenere un mercato concorrenziale e in secondo luogo disincentivando investimenti per le rendite. È possibile aggiungere un ulteriore profilo, quello di "guida" agli Stati membri per un buon uso delle risorse scarse che vengono gestite non dal mercato ma dal bilancio pubblico. Si tratta di un aspetto peculiare della modernizzazione esplicitato nella stessa Comunicazione del maggio 2012.

§ 4. Individuate le principali ragioni alla base della scelta di porre un controllo sovranazionale all'uso di risorse pubbliche per subsidiare le imprese, è ora necessario dire qualcosa sulla scelta di usare un criterio precauzionale per il suo esercizio e porre tale controllo in una fase "preventiva". I lineamenti del sistema si trovano delineati nell'articolo 108 paragrafo 3 TFUE dove si stabilisce che *"Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale."* Viene fissato quindi un obbligo di notifica della misura che si intende adottare da parte dello Stato e al contempo si introduce una clausola di sospensione della misura stessa che non deve essere attuata prima che la Commissione abbia verificato l'esistenza di eventuali cause di compatibilità. Anche in questo caso è possibile ipotizzare una pluralità di motivi per questa scelta. Innanzitutto l'alterazione della concorrenza dovuta all'intervento pubblico è solitamente più grave di quella che possono determinare l'azione di una singola impresa o quella di un gruppo di imprese di concerto tra di loro. Più grave nel senso che tende a incidere sulla struttura stessa del mercato, analogamente a quello che avviene nel caso di operazioni di

²² Su questo particolare profilo cfr. l'analisi classica di Posner R., 1978, "Antitrust Law. An economic perspective", Chicago, The Chicago University Press. Per una analisi approfondita della natura e del ruolo del concetto di *rent seeking* cfr. Tullock G., 2005, "The Rent Seeking Society", in *Collected Works of Gordon Tullock: volume 5*, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.

concentrazione che, non a caso, vengo anch'esse monitorate ex ante. Il danno quindi può rivelarsi difficilmente rimediabile ex post.

In secondo luogo, la centralità posta al mercato concorrenziale nella costruzione europea basata sul principio di sussidiarietà fa sì che ogni intervento pubblico sia considerato con sospetto come presuntivamente distorsivo, "salvo prova contraria" mentre ciò non avviene nel caso di comportamenti adottati da soggetti privati²³ che in linea di principio sono assoggettati a un vincolo di bilancio che ne dovrebbe disciplinare le scelte. Soprattutto, si pensa che gli effetti distorsivi dell'intervento statale oltre che ad agire su larga scala sono, analogamente per questo aspetto a quanto avviene nel merger control, irreversibili, il che rafforza la scelta del controllo ex ante.

Infine, l'ultimo argomento è basato sulla asimmetria informativa che permea il rapporto tra i singoli Stati da un lato e le autorità europee dall'altro. Gli Stati conoscono la situazione delle imprese e quella dei mercati nazionali meglio di quanto possa la Commissione europea e quindi sono in grado di prevedere meglio gli effetti economici dei sussidi concessi, se sono utili per correggere un fallimento del mercato oppure sono funzionali a proteggere le imprese nazionali dalla concorrenza, soprattutto quella straniera. L'asimmetria informativa è essa stessa una di quelle situazioni che gli economisti catalogano come fallimento del mercato. Il soggetto in possesso di superiore informazione tenderà a nascondere in modo da distorcere a proprio favore i termini di una transazione determinando un esito fallimentare della stessa. Così nel nostro caso lo Stato avrà interesse a nascondere la natura distorsiva delle misure introdotte per maturare una posizione di vantaggio. In un contesto del genere la Commissione deve avere il tempo di valutare natura ed effetti delle misure d'aiuto per rendere efficace il controllo.

§ 5. Lo scenario che abbiamo appena tratteggiato subisce delle modifiche sostanziali con la modernizzazione.

L'aspetto che risulta maggiormente evidente è quello dell'espansione dell'area delle possibili misure d'aiuto coperta dal nuovo regolamento generale di esenzione n.651/2014 rispetto al regime precedente. Il numero delle misure per le quali gli Stati possono essere esentati dall'obbligo diventa infatti talmente ampia che si può parlare di un sostanziale mutamento dell'asse di equilibrio che sposta il sistema di controllo da una prospettiva ex ante a una ex post²⁴.

²³ "EU law is very clear that all aid is incompatible with the internal market unless it achieves an objective that cannot otherwise be achieved under free market conditions" Nicolaidis P., 2014, "The Boundaries of the Discretion of the Commission or Should Member States be Allowed to Waste their own Money?" in "Recent Developments in State Aid. Critical Analysis of Major Judgements and Commission Decisions", Berlin, Lexxion Publisher p. 174.

²⁴ A questo va aggiunto l'insieme delle misure di importanza minore che non vengono considerate aiuto ai sensi dell'articolo 107.1 TFUE a causa del loro trascurabile impatto sugli scambi all'interno del mercato unico.

In che modo questo cambiamento si inserisce nell'architettura tradizionale? E' soltanto un cambiamento di tipo quantitativo oppure si tratta di una deviazione di natura sostanziale, così da richiedere una specifica giustificazione? In questo secondo caso in che modo cambierebbe l'intero sistema? Ciò è tanto più importante dal momento che la natura ex ante del controllo come fissata dall'articolo 108 viene ancora di recente considerata dalla giurisprudenza come un elemento chiave del sistema nel suo complesso. Così ad esempio la Corte di Giustizia nell'importante sentenza *Adria Wien* ha ricordato e ribadito come essa costituisca una "salvaguardia del sistema di controllo istituito dallo stesso articolo (108 TFUE) che, a sua volta, garantisce, in maniera sostanziale, il funzionamento del mercato comune"²⁵. Da questo potrebbe sembrare che vi sia una contraddizione interna al sistema tra l'orientamento tradizionale ribadito dalla giurisprudenza e il nuovo approccio adottato dalla modernizzazione.

Per cercare una risposta a questo problema è innanzitutto possibile fare una prima osservazione che riguarda l'impianto originario come delineato nel Trattato.

In base all' articolo 109 TFUE "*Il Consiglio può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura*"; a sua volta l' articolo 108.4 TFUE stabilisce che "*La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'articolo 109, che possono essere dispensate dalla procedura di cui al paragrafo 3 del presente articolo*". Infine, l'articolo 107 paragrafo 3 nella individuazione delle categorie di aiuto che "*possono considerarsi compatibili con il mercato interno*" alla lettera e) inserisce appunto "*le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione*".

In altri termini, il sistema sembra presentare fin dalle origini una configurazione che potremmo chiamare "dinamica", fissando innanzitutto il principio del controllo ex ante, la cui importanza per l'intero sistema abbiamo visto è ancora oggi riconosciuta a livello giurisprudenziale; lasciando poi spazio a un mutamento di prospettiva verso un maggiore spostamento del controllo verso la fase ex post quando le ragioni per mantenere il filtro ex ante siano indebolite. Questo principio è fissato come detto nel Trattato fin dalle origini, quindi è stabilito a livello *costituzionale*, per cui il cambiamento operato dalla modernizzazione non fa che rendere operativo quanto già in nuce nel sistema. Non vi sono pertanto dubbi sul fatto che la scelta di cambiare l'asse di riferimento del controllo sia in linea con la struttura fondamentale dell'ordinamento europeo e non rappresenti pertanto una rivoluzione in senso stretto.

Il punto è piuttosto quello di chiarire le ragioni per compiere una svolta così epocale proprio oggi, e valutare poi il modo in cui questa scelta viene realizzata.

25 Sentenza dell'8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria- Wien Pipeline GmbH*, punto 25.

Per giustificare il cambiamento, dunque, occorrerebbe verificare che qualcuna delle ragioni che abbiamo citato alla base della natura ex ante del controllo è venuta meno oppure si è indebolita nel corso del tempo.

In prima approssimazione si può dire che la struttura dell'economia europea rispetto ai tempi in cui è iniziato il processo di unificazione si è evoluta verso un mercato maggiormente integrato le cui caratteristiche sono più facilmente identificabili da parte delle autorità europee. In secondo luogo la Commissione ha sviluppato una maggiore esperienza sul campo così da poter individuare più facilmente le tipologie di misura d'azione che costituiscono un pericolo più marcato per il mercato unico e per il corretto svolgimento della concorrenza all'interno dello stesso. Questo punto è d'altronde esplicitato dallo stesso Consiglio che nell'*enabling regulation*²⁶ nell'identificare categorie d'aiuto suscettibili di essere esentate dalla notifica preventiva fa riferimento quale principale giustificazione per l'esenzione il fatto per cui la Commissione ha maturato in tali contesti, attraverso la sua prassi applicativa, una conoscenza di certe tipologie di misure d'aiuto che le permette di "*definire chiare condizioni di compatibilità*". Ne deriva che il gap di conoscenza tra Stati membri e Commissione si è ridotto e quindi requisito dell'asimmetria informativa ha perso almeno in parte la propria forza.

In parte considerazioni analoghe possono essere svolte riguardo alla giustificazione basata sul pericolo della irreversibilità del danno causato da aiuti incompatibili col mercato interno. Conoscendo meglio il potenziale anticoncorrenziale delle diverse tipologie di misura d'aiuto, è possibile selezionare quelle che hanno un impatto potenziale ridotto per le quali, pertanto, l'eventuale venir meno di alcuni dei requisiti nella fase di selezione del progetto a livello nazionale o l'eventuale elusione del controllo ex post non determinerebbe effetti negativi irreparabili.

Questa tendenza a distinguere gli aiuti in base al differente impatto distorsivo si manifesta in modo evidente già a partire dal Piano d'azione del 2005 con l'introduzione di un criterio generale d'azione finalizzato alla distinzione tra aiuti per i quali vi è necessità di uno scrutinio più dettagliato e invece aiuti per i quali l'esperienza permette un controllo maggiormente *soft* concentrando quindi l'attenzione sui primi.

§ 6. Con la nuova architettura cambia il modo in cui la Commissione è chiamata a operare, dal momento che il suo carico di lavoro si "alleggerisce" quantitativamente nella fase di valutazione ex ante, ma si può dire che diventa più delicato, dal momento che si concentra sull'analisi dei casi di possibile maggiore impatto e sulle nuove tipologie. Contestualmente si estende l'ambito del monitoraggio ex post, particolarmente rilevante data la molteplicità dei canali attraverso cui gli Stati membri possono tentare di utilizzare illecitamente dell'esenzione dall'obbligo di notifica.

²⁶ Regolamento (UE) n-733/ 213 del Consiglio del 22 luglio 2013 che modifica il regolamento (CE) n.994/98 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, GU L 204/11 del 31.7.2013.

Il compito in capo agli Stati membri diventa più gravoso sotto diversi profili. Innanzitutto occorre un impegno maggiore nel controllo preliminare della sussistenza delle condizioni per l'esenzione. Questo compito è particolarmente delicato per le amministrazioni locali che sovente non sono sufficientemente attrezzate ad assolvere tale compito. In secondo luogo aumentano gli oneri di tipo informativo in capo agli Stati membri così da aumentare la trasparenza del sistema e attraverso questa permettere un migliore controllo.

Nel caso in cui per diverse ragioni gli Stati membri non vogliono utilizzare il regolamento generale di esenzione e preferiscano notificare alla Commissione le misure di aiuto per ottenere una decisione di compatibilità che garantisca contro ogni rischio di esporre a una future eventuali azioni di recupero, essi devono sostenere una serie di oneri probatori per dimostrare alla Commissione l'appropriatezza di una decisione positiva. Gli Stati membri sono chiamati ad assolvere il compito di effettuare la valutazione ex post per i casi nei quali ciò sia previsto.

Infine, può crescere lo spazio d'azione delle imprese in quello che potremmo chiamare controllo *indiretto*. L'ampiezza dell'area di esenzione rende più agevole l'ottenimento degli aiuti ma al contempo aumenta il rischio per le imprese di ottenere aiuti illegali esponendole non solo all'obbligo di restituzione dell'aiuto con pagamento dei relativi interessi ma anche all'impossibilità di ottenere nuovi aiuti nelle more della restituzione, così come stabilito dalla dottrina Deggendorf²⁷. Le imprese hanno quindi interesse a che l'amministrazione concedente l'aiuto rispetti le condizioni stabilite dalla normativa. Possono agire in tal senso direttamente tramite una attività lobbistica di *moral suasion* che è però scarsamente efficace e soprattutto distribuita in modo diseguale dal momento che dipende dal potere di pressione delle relative lobby. A tale atteggiamento può affiancarsi l'utilizzo dello strumento *private enforcement*, cioè dell'azione per il risarcimento del danno, ancora poco sviluppato nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato ma che potrebbe rafforzare il *public enforcement* esercitato dalla Commissione. Si tratta di un'azione che può essere intentata nei confronti dello Stato membro ma, secondo parte della dottrina, anche da un'impresa nei confronti del concorrente beneficiario dell'aiuto²⁸.

§ 7. Regolamento generale di esenzione: elementi caratterizzanti. Al centro del sistema, come già evidenziato, si colloca l'ampliamento dell'area delle misure che sono sottratte dal controllo ex ante tramite il regolamento generale di esenzione n.651/2014.

²⁷ Trib. UE, 19 ottobre 2005, causa T- 324/00, *CDA Daterträger Albrechts GmbH c. Commissione*; Trib. UE, 19 ottobre 2005, causa T- 318/00, *Freistaat Thüringen c. Commissione*.

²⁸ Sul tema Ferraro F., 2011, "Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi", in Schepisi C. (a cura di), "La 'modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato'", Torino: Giappichelli.

Rispetto alle tipologie che rientravano nel recedente regolamento n.600/2008, vengono ora incluse quasi tutte le tipologie di aiuto che potrebbero essere dichiarate compatibili in base a una delle deroghe previste dall'articolo 107 ai paragrafi 2 e 3. Si tratta in totale di tredici categorie.

Un primo gruppo riguarda tipologie erano già considerate dalla disciplina precedente, con l'unica variante per gli aiuti alla ricerca e sviluppo ai quali ora si aggiungono anche quelli all'innovazione.

Si tratta di aiuti:

1. a finalità regionale,
2. alle piccole e media imprese (PMI),
3. all'accesso al credito per le stesse PMI,
4. a finalità ambientale
5. alla ricerca sviluppo e innovazione,
6. alla formazione,
7. per i lavoratori svantaggiati e con disabilità..

Il secondo gruppo comprende invece categorie introdotte dal nuovo regolamento.

Si tratta degli aiuti:

1. per rimediare i danni causati da alcune calamità naturali,
2. a carattere sociale per il trasporto di residenti in zone remote,
3. alle infrastrutture per la banda larga,
4. per la cultura e la tutela del patrimonio,
5. alle infrastrutture sportive e multifunzionali,
6. alle infrastrutture locali.

Alle diverse categorie d'aiuto esplicitamente menzionate come incluse nel regolamento vengono citate alcune tipologie che sono esplicitamente escluse. Sono innanzitutto quelle tipologie di aiuto che tradizionalmente sono considerate maggiormente critiche, come gli aiuti alle imprese in difficoltà e quelli all'esportazione. Il controllo degli aiuti nasce soprattutto avendo come obiettivo immediato quello di evitare che gli Stati mantenessero artificialmente competitive sul mercato imprese che l'esposizione alla concorrenza estera dimostrava essere inefficienti, e al tempo stesso eliminare le cause immediate di distorsione delle operazioni transfrontaliere. Ne deriva una attenzione costante a queste forme di aiuto, che giustifica ad esempio una disciplina ad hoc per gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese in crisi, e spiega una generale avversione per gli aiuti all'esportazione.

Da questo quadro sintetico vediamo come nella maggior parte dei casi le categorie ricomprese riguardano aiuti volte a rimediare quelli che tradizionalmente vengono considerati come fallimenti del mercato. Si pensi al caso degli aiuti a ricerca e sviluppo, tipico esempio di rimedio per esternalità positive, o quello degli aiuti ambientali, classico esempio di rimedio per esternalità negativa. Solo gli aiuti a

finalità regionale seguono una filosofia un po' diversa che coniuga elementi di efficienza con elementi distributivi.

Il secondo asse attraverso il quale opera l'ampliamento dell'area di esenzione è quello dell'aumento delle soglie sotto le quali l'aiuto non deve essere notificato.

La definizione delle soglie introduce un elemento che potremmo chiamare strutturale. L'ammontare dell'importo erogato dallo Stato si presume che abbia un potenziale impatto distorsivo tanto maggiore quanto più elevato è tale ammontare.

È possibile tracciare una "mappa" degli aiuti che ricevono un trattamento diverso appunto in ragione del loro ammontare articolata in cinque situazioni diverse. Tale mappa vede al livello inferiore quegli aiuti di importo minore (c.d. *de minimis*) sottratti allo scrutinio delle autorità perché si presume che il loro impatto sugli scambi sia non significativo e quindi non ingrano la fattispecie dell'aiuto incompatibile come definito dall'articolo 107.1.

Su un piano superiore si collocano gli aiuti per i quali l'ammontare rientra nelle soglie definite dall'articolo 4 del Regolamento n.651/2014 i quali, in presenza delle altre condizioni fissate dallo stesso Regolamento n.651/2014, godono dell'esenzione dall'obbligo di notifica.

C'è poi una ulteriore categoria, quelli di aiuti che pur superando la soglia possono essere considerati compatibili in via provvisoria purché accompagnati da un piano di valutazione che ne permetta la verifica in un momento successivo. Il piano di valutazione, che deve essere preparato al momento della concessione del regime d'aiuto e dovrebbe essere approvato dalla Commissione prima dell'entrata in vigore del regime stesso. In alcuni casi ciò non è possibile, e quindi la Commissione può decidere di applicare il regolamento generale di esenzione per un periodo transitorio di sei mesi; nelle more verrà valutato il piano di valutazione notificato dallo Stato membro. La Commissione può in via eccezionale sollevare dall'obbligo di presentazione del piano di valutazione. In altri termini, viene inserito un ulteriore elemento di flessibilità a discrezione della Commissione che può estendere ulteriormente l'area di applicazione dell'esenzione dall'obbligo di notifica.

Vi sono poi gli aiuti il cui ammontare supera la soglia ma che possono essere valutati compatibili una volta notificati se rispettano le condizioni stabilite dalle linee guida relative alla specifica categoria d'aiuto.

Infine vi sono gli aiuti il cui ammontare supera la soglia e non hanno i requisiti per una valutazione di compatibilità per i quali vige il divieto di cui all'articolo 107.1. Le diverse soglie stabilite nel citato articolo 4 sono calibrate sulle diverse tipologie d'aiuto in ragione dell'esperienza maturata nel corso degli anni dalla Commissione. In generale sono più alte rispetto al passato, così che l'estensione dell'esentabilità operata dal nuovo regolamento generale di esenzione non si limita al maggior numero di tipologie d'aiuto ammesse ma dipende anche dall'innalzamento delle soglie.

La terza dimensione attraverso la quale con il nuovo Regolamento generale è ampliata l'area delle misure esentabili è quella dell'aumento delle diverse intensità per tipologia d'aiuto con riferimento ai costi ammissibili. La nozione di costi ammissibili fa riferimento alle componenti di costo che possono essere coperte dall'aiuto. Solitamente l'aiuto non può coprire l'intero ammontare dei costi ammissibili ma solo una percentuale degli stessi, quella che si chiama appunto "intensità d'aiuto". La fissazione delle diverse intensità dipende dalla gravità della distorsione da correggere tramite l'aiuto pubblico e anche in questo caso la revisione dell'intensità dipende da quella che è l'esperienza applicativa della Commissione.

Il regolamento fissa alcune disposizioni comuni che devono essere rispettate da tutte le tipologie di aiuto ammesse, disposizioni che vengono poi integrate per le singole tipologie dalle disposizioni specifiche che ad esse si riferiscono.

Due ulteriori aspetti vanno messi in luce per completare questo quadro sintetico. Il primo riguarda alcuni requisiti che sono funzionali al controllo volto a evitare che la normativa non venga aggirata. Innanzitutto l'aiuto deve essere "trasparente"²⁹ e cioè il suo ammontare, espresso nella formula dell'equivalente sovvenzione lordo³⁰, deve essere calcolabile ex ante senza dover effettuare una valutazione dei rischi connessi all'attività per la quale viene concesso l'aiuto. Questa disposizione ovviamente vuole evitare che le soglie stabilite come massimali vengano aggirate e i parametri per un efficace controllo diventino poco chiari. In altri termini, la trasparenza permette a tutti i soggetti interessati di conoscere se gli aiuti sono stati concessi nel rispetto delle norme stabilite dal regolamento e, in caso contrario, adottare le azioni appropriate. In alcuni casi la trasparenza dell'aiuto è presunta in relazione alla forma che assume l'aiuto stesso. Così ad esempio un aiuto concesso sotto forma di sovvenzione è considerato trasparente, oppure una agevolazione fiscale per la quale viene fissato un massimale che impedisce il superamento della soglia. Per alcuni aiuti poi le condizioni di trasparenza vengono fissate specificatamente nella relativa disciplina all'interno del regolamento generale di esenzione. In secondo luogo il regolamento fissa regole sul cumulo³¹ degli aiuti per evitare che l'aiuto venga spezzettato in modo da farlo rientrare artificialmente nella soglia prevista per poter godere dell'esenzione dall'obbligo di notifica.

Il secondo aspetto da mettere in evidenza è quello per cui il regolamento prescrive che l'aiuto debba avere un "effetto di incentivazione", deve cioè produrre un effetto netto positivo sull'economia. Così nell'articolo 6 del regolamento l'effetto di incentivazione viene ad esempio identificato in "un aumento significativo, per effetto dell'aiuto, della portata del progetto/attività" oppure "dell'importo totale speso dal beneficiario per il progetto/l'attività". L'aiuto deve avere quindi un effetto propulsivo. Questa disposizione va inserita nel contesto più generale di distinzione tra aiuti "buoni" e "cattivi" che è al centro del progetto di modernizzazione e si

²⁹ Articolo 5.

³⁰ Per equivalente sovvenzione lordo si intende l'ammontare dell'agevolazione attualizzato al lordo delle imposte.

³¹ Articolo 8.

collega alla logica “economica” della funzione dell’aiuto come correzione di un fallimento del mercato.

§ 8. Partendo dallo spunto fornito dall’effetto di incentivazione, occorre fare una breve digressione per individuare la linea di demarcazione che permette di distinguere gli aiuti buoni da quelli cattivi. È stata più volte citata la nozione economica di fallimento del mercato. È il momento di fare qualche osservazione in merito.

Il sistema europeo di controllo degli aiuti di Stato è finalizzato a tutelare il gioco della concorrenza sul mercato ma il raggiungimento di questo obiettivo può entrare in conflitto con il perseguimento di altri obiettivi considerati meritevoli di tutela a livello europeo. La serie delle eccezioni previste in particolare dall’articolo 107 paragrafo 3 ne sono un chiaro esempio, così come la deroga contenuta nell’articolo 106.2. In generale la valutazione della compatibilità degli aiuti parte dall’analisi del perseguimento di un “obiettivo di interesse comune”³². Questa categoria generale include due sottocategorie, nella prima delle quali rientrano gli obiettivi di carattere economico in senso stretto, che riguardano cioè il miglioramento dell’efficiente allocazione delle risorse, e nella seconda obiettivi di natura distributiva improntati a criteri di equità. Limitiamo la nostra attenzione alla prima categoria che riguarda quelle situazioni nelle quali l’intervento statale è volto alla correzione di quelli che gli economisti chiamano “fallimenti del mercato”. Si tratta di una categoria eterogenea di situazioni nelle quali il mercato non riesce spontaneamente a determinare una efficiente allocazione delle risorse. Ne segue che l’intervento dello Stato, correggendo l’imperfezione che affligge il funzionamento del mercato, gli permette di avvicinarsi alle condizioni di efficienza allocativa che caratterizzano la concorrenza. Nella terminologia dell’economia del benessere l’intervento pubblico determina un miglioramento paretiano, cioè un incremento netto nel benessere collettivo “spingendolo” verso la frontiera dell’ottimo paretiano.

A livello teorico il compito si esaurisce nella individuazione del fallimento del mercato e nella prescrizione dello strumento adatto a correggerlo. Ancora sotto il profilo puramente teorico i diversi strumenti (sussidio, imposta, regolamentazione e creazione di un mercato laddove esso manchi, attraverso l’assegnazione di diritti di proprietà liberamente scambiabili) si equivalgono.

Quando si passa all’applicazione concreta occorre apportare alcune modifiche, meglio arricchimenti, al quadro semplificato della teoria di base.

Bisogna innanzitutto considerare che l’individuazione del fallimento non è compito sempre agevole. In altri termini, lo Stato può non avere tutte le informazioni necessarie per svolgere tale analisi in modo appropriato, può cioè commettere degli errori e il suo intervento risolversi nell’effetto perverso di ridurre l’efficienza. In secondo luogo non necessariamente è in grado di scegliere lo strumento

³² Cfr “Principi comuni per una valutazione economica della compatibilità degli aiuti di Stato ai sensi dell’articolo 87, paragrafo 3 del trattato CE”.

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_it.pdf.

tecnicamente più idoneo a correggere il fallimento del mercato. Anche qui la scelta pubblica è vulnerabile all'errore. Infine, l'intervento pubblico non è a costo zero, ma implica un impiego di risorse che potrebbero essere usate altrimenti. Ciò vale in due sensi. Da un lato il sussidio è costituito da risorse sottratte al settore pubblico e che potrebbero essere usate per finalità diverse dal settore privato. In secondo luogo si tratta di risorse che, una volta sottratte al mercato sono suscettibili di usi molteplici e alternativi all'interno dello stesso bilancio dello Stato. Si pone quindi un duplice problema di costo opportunità delle risorse oggetto dell'aiuto correttivo dell'imperfezione del mercato.

Infine, l'intervento ancorché improntato a criteri paretiani spesso ha effetti contrastanti. La concorrenza infatti non è un fenomeno monolitico ma un fenomeno composto da una pluralità di dimensioni³³.

Ne segue che naturalmente il ricorso alla giustificazione dell'intervento pubblico basata sulla teoria dei fallimenti del mercato richiede nella sua applicazione concreta che vengano confrontati gli incrementi di benessere relativi al netto dei possibili riduzioni provocate dall'intervento. Da qui nasce il balancing test che confronta effetti negativi e positivi delle misure suscettibili di godere dell'eccezione.

Nel caso del regolamento generale di esenzione l'analisi che riguarda la verifica della presenza di un fallimento del mercato e delle specifiche condizioni per ovviarvi, così come della tipologia di rimedio da adottare è svolta dalla Commissione e si incorpora in una serie di presunzioni che danno vita alle diverse tipologie presenti nel regolamento.

Quali sono i fallimenti del mercato? Cioè le imperfezioni del mercato che richiedono una correzione? La letteratura economica disegna tre tipologie principali di fallimenti del mercato: le esternalità; i casi di informazione incompleta; i problemi di coordinamento. Si tratta in tutti e tre i casi di situazioni nelle quali è indebolito, o del tutto assente, uno dei requisiti che vengono assunti come presupposti nel modello di concorrenza perfetta.

Nell'ambito delle esternalità rientrano tutti quei casi nei quali il calcolo economico trascura di contabilizzare alcuni costi o alcuni benefici derivanti da una particolare attività, così che il calcolo ricavi/costi, sottostimando i primi o i secondi comporta uno scostamento tra equilibrio individuale e di mercato. In un caso l'operatore economico non converte tutti i benefici che la sua attività produce in ricavi e quindi ne fisserà l'ammontare a un livello sub ottimale, nel secondo caso scaricherà parte dei costi sulla collettività, producendo in eccesso. Gli esempi tipici di queste due situazioni, dette esternalità positive e negative rispettivamente, sono come già accennato le attività di ricerca e sviluppo e l'inquinamento.

Nel caso delle asimmetrie informative rientrano tutte quelle ipotesi nelle quali i soggetti contraenti hanno informazioni differenti circa un elemento cruciale della

³³ Demsetz H., 1997, "The Intensity and Dimensionality of Competition" in *"The Economics of the Business Firm"*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

transazione. Caso tipico quello delle informazioni sulla distribuzione del rischio associata a diversi operatori di mercato o diversi piani di investimento nell'ambito dei mercati assicurativi. Il premio fissato allora per assicurare contro certi rischi sarà tarato sui soggetti che hanno maggiore propensione allo stesso e quindi a un livello più alto rispetto a quello di equilibrio determinando un livello subottimale della relative attività. In questa ipotesi rientra la giustificazione degli aiuti alle piccole e medie imprese il cui accesso al credito è reso più difficile appunto per l'esistenza di asimmetrie informative.

Date queste premesse, si comprende come il regolamento generale di esenzione, sviluppando quanto indicato *nell'enabling regulation*, fissi tutti i paletti necessari per garantire che gli aiuti esentati perseguano concretamente (determinando cioè un aumento effettivo dell'attività tutelata) l'obiettivo di interesse comune procurando un aumento netto del benessere collettivo e correggendo in modo adeguato un effettivo fallimento del mercato.

Questo spiega come nel nuovo sistema si confrontino la casistica nella quale le informazioni sulla presenza e incidenza del fallimento e sugli strumenti idonei a correggerlo sono tali da farle rientrare nei casi di esenzione e quella in cui si rende necessario un vaglio più accurato in via preventiva, i cui requisiti sono incorporati nei diversi Orientamenti che fissano le condizioni per la valutazione di compatibilità degli aiuti notificati.

Dati gli oneri associati alla notifica, essi contribuiscono a rafforzare ulteriormente il ricorso al regolamento generale di esenzione da parte degli Stati i quali, se non intendono rispettare le indicazioni contenute nel regolamento stesso, devono sottoporsi ad un controllo maggiormente impegnativo per ottenere la valutazione di compatibilità.

§ 9. Aiuti esentati e aiuti soggetti a notifica (le diverse linee guida). Accanto al nuovo regolamento generale di esenzione la modernizzazione colloca l'insieme delle linee guida (o orientamenti) riviste per rendere omogenei i criteri di valutazione della compatibilità e collegarle con il sistema delle misure esenti in una relazione di stretta complementarità³⁴.

In questo ambito si definiscono le condizioni in presenza delle quali un aiuto notificato dallo Stato membro può ottenere una valutazione di compatibilità da parte della Commissione. Come già anticipato spetta allo Stato membro fornire una serie di prove che l'aiuto sia in grado di raggiungere quelle finalità in ragione delle quali si giustifica la valutazione di compatibilità.

Per avere una ancorché sintetica visione d'insieme è opportuno confrontare i requisiti fissati dal regolamento generale di esenzione per una certa categoria di

³⁴ Si tratta degli orientamenti in materia di aiuti alla banda larga, regionali, ai crediti per l'esportazione, a cinema e audiovisivo, per il finanziamento del rischio, all'aviazione, per energia e ambiente, ricerca sviluppo e innovazione, per importanti progetti di Comune interesse europeo, e al salvataggio e ristrutturazione delle imprese in crisi.

aiuto con quelli invece stabiliti negli orientamenti relativa alla stessa categoria di aiuto.

Possiamo prendere come esempio gli aiuti alla ricerca, sviluppo e innovazione.

Si tratta come più volte accennato di un caso tipico nel quale il mercato è afflitto da una forma di fallimento classificabile come esternalità positiva. Se i risultati della ricerca fossero accessibili a tutti l'investimento non sarebbe profittevole e il volume di ricerca intrapreso da un certo sistema economico inferiore al livello ottimo. Lo Stato cerca di ovviare a questo fallimento in vari modi, tipicamente attribuendo dei diritti di proprietà sui risultati della ricerca (i diritti di proprietà intellettuale come brevetti, trade secret ecc.) oppure sussidiando parte del costo della ricerca stessa sull'assunto che non sarebbe recuperabile dall'impresa impegnata nell'attività di ricerca e sviluppo. Può cioè agire tramite la concessione di un aiuto di Stato che può essere assoggettato al relativo controllo.

Confrontiamo ora i requisiti fissati dal regolamento generale di esenzione da un lato e dalla Comunicazione della Commissione che disciplina gli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, il così detto *framework*³⁵.

Le norme sulla possibilità di godere dell'esenzione per questa tipologia d'aiuto sono contenute nella sezione 4 del Regolamento n.651/2014, agli articoli dal 25 al 30. Si tratta innanzitutto in generale degli aiuti ai progetti di ricerca sviluppo e innovazione, poi quelli agli investimenti per le infrastrutture di ricerca, ai poli di innovazione, all'innovazione a favore delle PMI, per l'innovazione dei processi e dell'organizzazione, infine alla ricerca e sviluppo nei settori della pesca e dell'acquacultura.

Limitiamo per semplicità l'attenzione agli aiuti ai progetti di ricerca e sviluppo. Le condizioni per l'esentabilità sono quelle previste nel capo I del regolamento n.651/2014 che sono disposizioni comuni applicabili a tutte le misure che rientrano nell'ambito dello stesso regolamento alle quali vanno ad aggiungersi le specifiche condizioni settoriali contenute nell'articolo 25. Le prime condizioni ricomprendono la individuazione della soglia (articolo 4.1 lettera i), le regole sulla trasparenza con le relative presunzioni di cui all'articolo 5, e alcune regole più dettagliate sull'effetto di incentivazione. Qui l'onere maggiore ricade sul beneficiario dell'aiuto che deve presentare adeguata documentazione relativa all'impresa beneficiaria, al progetto e alla tipologia dell'aiuto. Lo Stato membro deve verificare che la documentazione presentata dal richiedente l'aiuto sia congrua con il raggiungimento del risultato proprio dell'incentivazione, cioè ad esempio con un aumento significativo della portata del progetto in seguito all'aiuto. Oltre a questo onere di verifica preliminare alla concessione dell'aiuto, lo Stato membro deve includere anche le informazioni rilevanti sugli aiuti concessi a progetti di ricerca e sviluppo tra quelle da pubblicare ai sensi degli obblighi di cui all'articolo 9.

³⁵ Comunicazione della Commissione, Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, 2014/C 198/01.

Diamo un veloce sguardo ora a che cosa succede se l'aiuto a ricerca, sviluppo e innovazione non rispetta le condizioni di cui al regolamento generale e deve pertanto essere notificato. La scelta della strada della notifica può essere giustificata ad esempio dall'intento dello Stato di concedere aiuti di ammontare superiore alla soglia prevista dal regolamento generale di esenzione perché ad esempio l'entità del fallimento del mercato è tale da non poter essere corretta con interventi di portata inferiore; oppure lo Stato membro mira ad avere maggiore certezza giuridica ottenendo una valutazione di compatibilità da parte della Commissione che pone al riparo dal rischio di un'azione successiva di recupero dell'aiuto.

La compatibilità della misura notificata viene verificata sottoponendola al vaglio dei principi comuni di valutazione³⁶. In base a questo approccio andrà verificato se l'aiuto contribuisce a raggiungere un obiettivo ben definito di interesse comune (obiettivo di efficienza o in alcuni casi, di natura equitativa), la presenza della necessità dell'intervento statale per raggiungere tale obiettivo, l'adeguatezza della misura proposta, l'effetto di incentivazione da essa provocato, la proporzionalità dell'aiuto rispetto all'obiettivo perseguito, la limitazione degli effetti negativi indebiti sulla concorrenza e sugli scambi, il saldo tra effetti positivi e negativi a favore dei primi.

Si tratta già di un processo più articolato e dettagliato rispetto a quello adottato nell'ambito del regolamento generale di esenzione e questo è ovvio date le premesse.

Gli oneri a carico dello Stato sono conseguentemente più gravosi.

Così ad esempio per la verifica della idoneità dell'aiuto a contribuire a un obiettivo di interesse comune, questo deve innanzitutto inserirsi nella realizzazione della strategia Europa 2020 e gli Stati membri che intendono concedere aiuti suscettibili di essere dichiarati compatibili *“devono definire con precisione l'obiettivo perseguito, e in particolare spiegare in che modo la misura intende promuovere le attività di RSI”*.

Inoltre, nell'ambito della verifica della necessità dell'aiuto, *“gli Stati membri devono spiegare in che modo la misura di aiuto possa effettivamente attenuare il fallimento del mercato nel raggiungere l'obiettivo di interesse comune in assenza di tale aiuto”*.

In altri termini, la Commissione rovescia in qualche modo l'onere della prova. Non è lei stessa che deve dimostrare che un aiuto è incompatibile ma lo Stato membro che deve dimostrare l'esistenza delle condizioni di compatibilità. Gli oneri ovviamente diventano più puntuali quando la notifica non riguarda un regime d'aiuto ma un aiuto individuale, che ha per definizione potenzialità distorsive maggiori. Per quanto riguarda la dimostrazione della necessità dell'intervento statale lo Stato deve fornire informazioni sufficienti per stabilire che l'aiuto tende a rimediare un fallimento generale del mercato oppure un fallimento specifico. In questo secondo caso le informazioni dovranno riguardare ad esempio le ricadute in termini di conoscenza, le

³⁶ Common principles of an economic assessment of the compatibility of State aid under article 87.3.

asimmetrie e imperfezioni informative, o i problemi di coordinamento che integrano il fallimento. Per verificare l'adeguatezza della misura, inoltre, lo Stato deve *“includere un'analisi delle opzioni alternative e spiegare perché o in che modo risultino meno appropriate altre tipologie di aiuto potenzialmente meno distorsive”*.

Per quanto riguarda poi la verifica dell'esistenza di un effetto di incentivazione, oltre ai requisiti della domanda d'aiuto che deve includere una serie di informazioni relative al potenziale beneficiario, al progetto, all'importo ritenuto necessario e ai costi ammissibili, nel caso di aiuti individuali vengono poste degli oneri a carico dello Stato concedente. In base al punto 66, infatti, *“lo Stato membro interessato deve fornire non soltanto le informazioni sul progetto sovvenzionato ma anche, nella misura del possibile, lo scenario contro fattuale, vale a dire una descrizione esauriente di che cosa sarebbe successo o poteva ragionevolmente succedere in assenza dell'aiuto”*

Infine, nell'ambito della verifica della limitazione degli effetti negativi indebiti dell'aiuto sulla concorrenza e sugli scambi, gli Stati membri sono *“chiamati a dimostrare”* che gli effetti negativi sulla concorrenza e sugli scambi *“saranno limitati al minimo”* ; se l'aiuto è individuale, inoltre, devono *“fornire informazioni su: i) i mercati dei prodotti in esame, vale a dire i mercati interessati dal cambiamento di comportamento da parte del beneficiario degli aiuti, e ii) i concorrenti e i clienti o i consumatori che subiscono la distorsione”*.

Da quanto brevemente esposto appare chiara la differenza di oneri che deve sopportare uno Stato per sostenere progetti di ricerca, sviluppo e innovazione nel caso in cui si adegui alle condizioni fissate dal regolamento generale di esenzione rispetto al caso in cui preferisca modellare in maniera diversa gli aiuti scegliendo la strada della notifica. Mentre per poter godere dell'esenzione dall'obbligo di notifica gli oneri in capo allo Stato sono prevalentemente di carattere formale, di verifica cioè dell'esistenza delle condizioni per la concessione dell'aiuto, nel caso degli aiuti notificati il compito ha una componente di analisi sostanziale che può essere molto onerosa da svolgere.

§ 10. La valutazione ex post.

Un ultimo punto deve essere messo in evidenza per completare il seppur sintetico quadro della modernizzazione fornito in questo lavoro. Si tratta del nuovo strumento della valutazione ex post³⁷. È questo uno degli elementi caratteristici del crescente coinvolgimento e conseguente responsabilizzazione degli Stati membri nel controllo degli aiuti tipico della modernizzazione³⁸

Il decentramento in atto richiede l'introduzione di una serie di garanzie per evitare che l'ampliamento dell'area di esenzione possa trasformarsi di fatto in una specie di

³⁷ European Commission, 2014, *“You can't improve what you can't measure: State aid evaluation”*, *Competition Policy Brief*, numero 7, June.

³⁸ Boutin X., Peduzzi R., 2015, *“Searching for a Good Aid: the Role of Evaluation”*, *European State Aid Law Quarterly*, 2, pp. 250-259.

lasciapassare (o venire interpretato come tale). Una delle preoccupazioni sollevate a proposito del nuovo sistema è quello di aggravare una situazione che appare già abbastanza insoddisfacente. Nel 2012 il Commissario Almunia sottolineava come oltre il 40 per cento delle misure adottate dagli Stati membri invocando l'esenzione erano "potenzialmente problematiche"³⁹. L'introduzione di una valutazione successiva dovrebbe contribuire a rafforzare il sistema dei controlli scoraggiando i comportamenti opportunistici da parte degli Stati.

La funzione della valutazione ex post non si esaurisce peraltro nel solo tentativo di rafforzare il sistema delle garanzie, anzi, non è questa probabilmente la sua principale funzione; essa dovrebbe contribuire al perseguimento di un obiettivo più ampio, quello di rendere il sistema nel suo complesso più efficiente. Efficienza sotto diversi profili, quello del raggiungimento delle finalità prefissate ma anche quello della possibile correzione nella fissazione di tali finalità nell'ambito dell'evoluzione della normativa. Questo dovrebbe contribuire a tracciare una continuità nel tempo che riduca quegli andamenti erratici e rapsodici che hanno determinato distonie all'interno del sistema e che la modernizzazione vuole eliminare. Infine, il processo valutativo ex post, dovrebbe guidare il buon uso delle risorse pubbliche. Riemerge in questa sede il collegamento tra disciplina di controllo degli aiuti di Stato e miglioramento della qualità delle finanze pubbliche nel contesto del più ampio contesto di programmazione finanziaria (*EU Multiannual Financial framework 2014-2020*) e di sorveglianza dei bilanci pubblici.

Già nel 2011 la European Court of Auditors⁴⁰ aveva lamentato l'assenza di una valutazione puntuale dell'effettività delle misure che la Commissione approvava. Con la modernizzazione si è cercato di dare soddisfazione a questa esigenza. Nel 2012 il Consiglio europeo da parte sua aveva sottolineato l'importanza di una effettiva valutazione degli effetti come contraltare della maggiore semplificazione⁴¹.

Visto l'obiettivo generale della valutazione, si comprende come essa non sia limitata a misure di aiuto che rientrano nell'ambito del regolamento generale di esenzione ma ha carattere trasversale.

Per quanto riguarda la prima tipologia si tratta degli aiuti di ammontare medio annuo superiore a 150 milioni di euro, questi aiuti rientrano "temporaneamente" nel beneficio dell'esenzione, dal momento che ne possono godere per sei mesi. Per poter estendere tale "finestra" temporale gli Stati membri devono notificare un piano di valutazione alla Commissione. Per quanto riguarda il resto delle misure

³⁹ Almunia J., "The State Aid Modernisation Initiative" EstALI –European State Aid Law Institute, 10th Experts' Forum on New Developments in European State Aid Law, Brussels, 7 June 2012.

⁴⁰ European Court of Auditors, Special Report 15/2011, "Do the Commission Procedures Ensure Effective Management of State Aid Control?", Luxembourg 15 dicembre 2011, <http://eca.europa.eu/portal/pls/docs/1/10952771.pdf>.

⁴¹ Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Brussels, 13 novembre 2012, consultabile su <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms-data/docs/pressadata/en/ecofin/133470.pdf>.

d'aiuto ricomprese nel regolamento generale di esenzione ci si limita al monitoraggio della Commissione condotto anch'esso ex post.

La seconda tipologia di misure d'aiuto assoggettate alla valutazione sono quelle cui si fa riferimento in diversi orientamenti, precisamente quelli relativi agli aiuti alla banda larga⁴², gli aiuti regionali⁴³, al capitale di rischio⁴⁴, all'aviazione⁴⁵, alla ricerca sviluppo e innovazione⁴⁶, e quelli a energia e ambiente⁴⁷.

Se si considera che l'87 per cento dell'ammontare complessivo degli aiuti concessi rientra nel beneficio dell'esenzione, ci si rende conto che in assenza di una specifica valutazione ex post il vero scrutinio della Commissione è quello operato ex ante che riguarda una minoranza degli aiuti concessi⁴⁸.

Gli obiettivi specifici della valutazione sono quelli di stabilire se c'è congruità tra gli obiettivi perseguiti con la concessione dell'aiuto e i risultati effettivamente raggiunti, stabilendo se l'aiuto ha avuto un effetto di incentivazione modificando il comportamento dei soggetti interessati nella direzione auspicata, se ha provocato effetti indiretti su altri soggetti o mercati contigui, se lo strumento utilizzato ha effettivamente risposto a criteri di proporzionalità e adeguatezza.

L'utilizzo di questo strumento nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato può beneficiare di esperienze pregresse sia a livello nazionale che a livello europeo

⁴² Lo schema di *framework* elaborato dal Regno Unito per gli aiuti alla banda larga è stato il primo a contenere un esplicito requisito di valutazione ex post ad essere stato approvato dalla Commissione: Commission decision in case SA 33671, *Broadband delivery UK*. I requisiti ivi incorporati sono poi stati trasposti negli Orientamenti relativi. E hanno fornito la base per analoghe disposizioni nell'area degli aiuti a finalità regionale.

⁴³ Commissione Europea, "Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020", 2013/C 209/01 punto 27 e sezione 4 e il documento che lo accompagna European Commission, "Impact Assessment", Commission Staff Working Document, Brussels SWD (2013) 214. Per il periodo precedente cfr. European Commission, "Ex Post evaluation of regional aid guidelines 2007-2013", Final Report, December 2012, Luxembourg, 2013.

⁴⁴ Commissione Europea, "Orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio" 2014/C 19/04 sezione 4 e il documento di accompagnamento "European Commission, "Impact Assessment", Commission Staff Working Document, Brussels, SDW (2014) 6.

⁴⁵ Commissione Europea, "Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree", 2014/C 99/03 sezione 8.4 e il documento di accompagnamento "European Commission, "Impact Assessment", Commission Staff Working Document, Brussels.

⁴⁶ Commissione Europea, "Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione". 2014/C 198/01 punto 37 e sezione 5 e il documento di accompagnamento "European Commission, "Impact Assessment", Commission Staff Working Document, Brussels, SDW (2014) 163.

⁴⁷ Commissione Europea, "Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020" 2014/C 200/01 sezione 4 e il documento di accompagnamento "European Commission, "Impact Assessment", Commission Staff Working Document, Brussels, SDW (2014) 139.

⁴⁸ Nicolaidis P., 2013, "Ex Post Evaluation of State Aid: a New Instrument", <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1595>.

Così ad esempio quelle del Regno Unito per quanto riguarda gli aiuti regionali⁴⁹ o finlandese per quanto riguarda gli aiuti alla ricerca e sviluppo⁵⁰. In Italia si può fare riferimento a diversi lavori della Banca d'Italia sugli effetti degli incentivi o al Rapporto sui contributi alle imprese⁵¹. A livello europeo l'esempio principale è quello della valutazione di impatto dei fondi strutturali finalizzati alla coesione⁵². La disponibilità di queste esperienze dovrebbe ridurre le preoccupazioni degli Stati membri che lamentano la loro inadeguatezza a svolgere un compito che ritengono complicato se non impossibile da realizzare data la difficoltà a rintracciare gli effetti provocati dalle misure adottate.

La Commissione dopo aver aperto una consultazione e pubblicato un *issues paper* che ha fornito la base per un convegno di esperti sul tema, ha pubblicato un documento con il quale si forniscono alcune indicazioni circa la ratio della valutazione e le possibili metodologie da utilizzare⁵³.

La valutazione ex post pone al centro il ruolo dell'analisi economica nell'ambito del controllo degli aiuti, un ruolo che come abbiamo già accennato inizia ad assumere sempre maggiore rilevanza a partire dal Piano d'azione del 2005. L'enfasi sugli effetti, che è al centro della disciplina sul controllo degli aiuti che da sempre è stata interpretata alla luce del principio della neutralità rispetto alla forma giuridica e alle intenzioni perseguite e del rilievo degli effetti determinati dalla misura d'aiuto, pone dal canto suo alcuni specifici problemi. Tale orientamento fa sorgere ad esempio la questione della scelta delle metodologie da applicare e dei possibili limiti che esse presentano, a partire dalla distinzione tra strumenti a contenuto quantitativo (essenzialmente analisi econometriche) e qualitativo (valutazioni contingenti e simili)⁵⁴. Un punto cruciale in questo contesto è quello della analisi contro fattuale volta a verificare in particolare la presenza e l'ampiezza dell'effetto di incentivazione dell'aiuto

Inoltre, ripropone una più ampia riflessione sulla natura e il contenuto dell'approccio economico applicato agli aiuti di Stato, e sulla fase nella quale applicarlo. Come già accennato nel caso della valutazione ex post l'impianto di base, sviluppando il criterio del *balancing test*, è quello dell'analisi costi benefici, differente dall'approccio economico adottato in antitrust che ad esempio vede un passaggio cruciale nella

⁴⁹ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/anderton_en/pdf.

⁵⁰ <http://www.tekes.fi/en/tekes/results-and-impact>.

⁵¹ Lavori del Servizio Studi reperibili su <https://www.bancaditalia.it/>; "Analisi e Raccomandazioni sui Contributi Pubblici alle Imprese", Rapporto al Presidente del Consiglio e Ministro dell'Economia e delle Finanze e al Ministro dello Sviluppo, delle Infrastrutture e dei Trasporti redatto su incarico del Consiglio dei ministri del 30 aprile 2012.

⁵² Mouqué (2012), "What are counterfactual impact evaluations teaching us about enterprise and innovation support?", *Regional Focus 02/2012*, DG Regional and Urban Policy.

⁵³ Commissione Europea, "Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato", Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Bruxelles, 28.05.2014, SWD (2014).

⁵⁴ Su alcune delle questioni principali che sorgono in ambito di valutazioni che non hanno come riferimento prezzi di mercato nel contesto dell'analisi costi-benefici cfr. Boccaccio M., 2010, "Introduzione alla valutazione delle decisioni pubbliche", Torino: Giappichelli.

individuazione del mercato rilevante (quello che nel controllo degli aiuti di Stato potrebbe avvenire nella individuazione del requisito della selettività). Inoltre, l'analisi economica non appare che in una fase successiva, quella appunto della valutazione degli effetti di un aiuto che in principio può essere considerato compatibile o che rientra nel beneficio dell'esenzione (quindi che è considerato compatibile in via presuntiva). Non coinvolge l'individuazione stessa della definizione degli aiuti che rientrano nelle diverse categorie suscettibili di beneficiare dell'esenzione o della valutazione di compatibilità. La crescente enfasi sull'approccio economico renderà sempre più attuale il dibattito su questo tema.

Un secondo ambito di specifico interesse è quello relativo ad assicurare che la valutazione avvenga da parte di soggetti indipendenti e competenti. La Commissione indica a questo proposito come possibili riferimenti per stabilire l'esistenza di questi requisiti le norme di valutazione della Commissione stessa, e norme e standard elaborati a livello OCSE⁵⁵ e Banca Mondiale⁵⁶. L'organo di valutazione dovrebbe avere una indipendenza almeno di tipo funzionale rispetto al decisore politico. Si ripropone in questo contesto un problema che caratterizza una tendenza evolutiva della stessa natura dello Stato. A partire dagli anni '80 si è assistito a una progressiva mutazione della fisionomia del rapporto tra lo Stato e l'economia, diventando lo Stato da soggetto che interviene direttamente nei processi economici a soggetto che sorveglia e corregge l'andamento del mercato⁵⁷.

Questo processo si concretizza nella così detta amministrativizzazione del diritto e vede come strumento principale di attuazione le così dette autorità indipendenti. Questo nuovo assetto spezza il legame politica/amministrazione considerando la quella dell'amministrazione come scienza quindi assoggettabile a verifiche di natura quantitativa, ben distinta per propria natura dalla decisione di carattere politico che ha essenzialmente contenuto "valutativo"⁵⁸. Questa impostazione generale trova un esempio applicativo anche in questo contesto dove si cerca di minimizzare uno dei possibili effetti negativi del decentramento decisionale proprio della modernizzazione. In altri termini, si vuole evitare il possibile conflitto di interessi che ri-sorgerebbe in capo allo Stato membro che si troverebbe a rivestire il duplice ruolo di decisore politico sulle misure d'aiuto da concedere e di valutatore *obiettivo* degli effetti delle stesse.

§ 11. Conclusioni.

⁵⁵ Ampia documentazione sul sito www.oecd.org.

⁵⁶ Ad esempio: The World Bank, 2003, "Independent Evaluation: Principles, Guidelines and Good Practices", Development grant Facility (DGF) Technical Note.

⁵⁷ La Spina A. Majone G., 2000, "Lo Stato regolatore", Bologna: Il Mulino.

⁵⁸ Si tratta di un'applicazione del ben noto paradigma positivista.

La modernizzazione del controllo degli aiuti di Stato rappresenta uno sforzo notevole per riordinare una materia cresciuta in modo disorganico nel corso del tempo ma che ha assunto un ruolo centrale nel sistema europeo di tutela della concorrenza. Rispetto agli altri comparti della *competition policy*, il controllo degli aiuti ha una connotazione più marcatamente politica non solo perché incide sulla politiche degli Stati ma anche perché tende a contribuire a realizzare diverse finalità politiche proprie dell'Unione, come testimoniato dalle possibilità di deroga al divieto generale, deroghe previste dall'articolo 107 ai paragrafi 2 e 3 e come il legame con la strategia Europa 2020 tracciato dalla modernizzazione ha enfatizzato.

E' ancora presto per valutare l'impatto complessivo della riforma. A fronte dei molteplici meriti essa fa sorgere alcune perplessità. In particolare, queste perplessità riguardano le possibilità che lo sforzo di semplificazione abbia l'effetto perverso di complicare ulteriormente il sistema⁵⁹ e soprattutto la effettiva capacità degli Stati membri, in particolare degli enti territoriali, a rispettare i requisiti posti per poter godere dell'esenzione dall'obbligo di notifica, stimolando al contempo le amministrazioni a cercare di adeguarsi al nuovo compito ad esse conferito.

⁵⁹ Luja R., 2012, "Does the Modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk?", *European State Aid Law Quarterly*, volume 11, numero 4, pp. 765-767.

<http://www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni>

Contact: e-pfrp@uniroma1.it