

Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 5 giugno 2012, procedimento C-124/10 P, PRES. V. SKOURIS – REL. A. ARABADJIEV;

AVV. GEN. J. MAZÁK

Commissione europea c. Électricité de France (EDF)

MASSIMA (non ufficiale)

Tenuto conto degli obiettivi perseguiti dall'articolo 87, paragrafo 1, CE nonché dal criterio dell'investitore privato, un beneficio economico, ancorché concesso con strumenti di natura fiscale, dev'essere valutato, segnatamente, con riguardo al criterio dell'investitore privato, qualora, in esito alla valutazione globale eventualmente necessaria, emerga che lo Stato membro interessato abbia nondimeno concesso detto beneficio, malgrado l'impiego di mezzi attinenti ai poteri pubblici, nella sua qualità di azionista dell'impresa ad esso appartenente. 1)<sup>1</sup>

Il criterio dell'investitore privato non costituisce un'eccezione applicabile unicamente su richiesta di uno Stato membro qualora ricorrano gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, di cui all'articolo 87, paragrafo 1, CE. Infatti, (...) tale criterio, laddove applicabile, figura tra gli elementi che la Commissione deve prendere in considerazione al fine di accertare l'esistenza di un siffatto aiuto. Conseguentemente, qualora risulti applicabile il criterio dell'investitore privato, spetta alla Commissione chiedere allo Stato membro interessato di fornirle tutte le informazioni pertinenti che le consentano di verificare se le condizioni di applicabilità e di applicazione del criterio medesimo siano soddisfatte, ed essa non può rifiutarsi di esaminare tali informazioni se non nel caso in cui gli elementi di prova prodotti siano stati forniti successivamente all'adozione della decisione di effettuare l'investimento in questione. 2)<sup>2</sup>

(Omissis)<sup>3</sup>

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

5 giugno 2012 (\*)

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Rinuncia ad un credito fiscale – Esenzione dall'imposta sulle società – Aumento del capitale sociale – Condotta dello Stato quale investitore privato accorto in un'economia di mercato – Criteri che consentono di distinguere lo Stato agente quale azionista dallo Stato esercente le proprie prerogative di potere pubblico – Definizione di investitore privato di riferimento – Principio della parità di trattamento – Onere della prova»

Nel procedimento C-124/10 P,

avente ad oggetto l'impugnazione, ai sensi dell'articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, proposta il 26 febbraio 2010,

---

<sup>1</sup> Cfr. punto 92 della sentenza in commento

<sup>2</sup> Cfr. punti nn. 103 e 104 della sent.

<sup>3</sup> Non ancora pubblicata nella raccolta della giurisprudenza 2012

**Commissione europea**, rappresentata da E. Gippini Fournier, B. Stromsky e D. Grespan, in qualità di agenti, con domicilio eletto a Lussemburgo,

ricorrente,

sostenuta da:

**Autorità di vigilanza EFTA**, rappresentata da X. Lewis e B. Alterskjær, in qualità di agenti,

interveniente in sede d'impugnazione,

procedimento in cui le altre parti sono:

**Électricité de France (EDF)**, con sede in Parigi (Francia), rappresentata da M. Debroux, avocat,

ricorrente in primo grado,

**Repubblica francese**, rappresentata da G. de Bergues e J. Gstalter, in qualità di agenti,

**Iberdrola SA**, con sede in Bilbao (Spagna), rappresentata da J. Ruiz Calzado e E. Barbier de la Serre, avocats,

intervenienti in primo grado,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot e M. Safjan, presidenti di sezione, dai sigg. K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (relatore), D. Šváby e dalla sig.ra M. Berger, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák

cancelliere: sig.ra R. Șereș, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 12 luglio 2011,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 20 ottobre 2011,

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 Con la presente impugnazione la Commissione europea chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 15 dicembre 2009, EDF/Commissione (T-156/04, Racc. pag. II-4503; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con cui è stato disposto l'annullamento degli articoli 3 e 4 della decisione 2005/145/CE della Commissione, del 16 dicembre 2003, relativa agli aiuti di Stato cui la Francia ha dato esecuzione in favore di EDF e del settore delle industrie dell'elettricità e del gas (GU 2005, L 49, pag. 9; in prosieguo: la «decisione controversa»).

## Contesto normativo

2 L'articolo 38, secondo comma, del code général des impôts (Codice tributario generale francese) così recita:

«L'utile netto è costituito dalla differenza tra i valori netti dell'attivo alla chiusura e all'apertura dell'esercizio i cui risultati formano la base imponibile, diminuita degli apporti supplementari e aumentata dei prelievi effettuati durante tale periodo dal titolare o dai soci. Per attivo netto si intende l'eccedenza delle attività sul totale delle passività rappresentate dai crediti di terzi, dagli ammortamenti e dagli accantonamenti giustificati».

3 L'articolo 4, commi I e II, della legge n. 97-1026, del 10 novembre 1997, recante misure urgenti di carattere fiscale e finanziario (JORF dell'11 novembre 1997, pag. 16387), dispone quanto segue:

«I. Le opere della rete di alimentazione generale di energia elettrica sono considerate proprietà di Électricité de France [in prosieguo: la "EDF"]] dal momento in cui a detta società è stata accordata la concessione della rete.

II. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al [comma] I, al 1° gennaio 1997, il controvalore dei beni in natura della rete di alimentazione generale dati in concessione e figuranti nel passivo del bilancio dell'[EDF] viene iscritto nella voce "conti patrimoniali" al netto delle corrispondenti differenze di rivalutazione».

## Fatti

### *Il contesto generale della controversia*

4 L'EDF produce, trasporta e distribuisce energia elettrica, in particolare su tutto il territorio francese. Istituita con la legge n. 46-628, dell'8 aprile 1946, sulla nazionalizzazione dell'elettricità e del gas (JORF del 9 aprile 1946, pag. 2651), l'EDF era interamente detenuta dallo Stato al momento dell'adozione, nel corso del 2002, della decisione di avvio della procedura prevista dall'articolo 88, paragrafo 2, CE.

5 L'articolo 36 della legge n. 46-628 ha stabilito il principio del trasferimento all'EDF delle concessioni elettriche nazionalizzate. Le varie concessioni per il trasporto di elettricità concesse dallo Stato sono state unificate nel 1958 in una concessione unica, detta «rete di alimentazione generale» (in prosieguo: la «RAG»).

6 L'applicazione all'EDF del piano contabile generale del 1982, contenente norme contabili specifiche per le concessioni, ha determinato l'obbligo, a decorrere dal 1987, di tener conto dei vincoli specifici a carico dei concessionari, sui quali grava l'obbligo di restituzione in buono stato di funzionamento, al termine della concessione, dei beni concessi, in virtù del «principio di perennità dei servizi pubblici».

7 In applicazione di detto piano contabile generale, con decreto interministeriale del 21 dicembre 1986 (JORF del 30 dicembre 1986, pag. 15794) veniva stabilito e approvato un piano contabile proprio dell'EDF.

8 In applicazione di quest'ultimo piano contabile, la RAG è stata iscritta nell'attivo di bilancio dell'EDF alla voce intitolata «Immobilizzazioni materiali del settore dato in concessione»; tra il 1987 ed il 1996, venivano poi effettuati accantonamenti specifici a titolo di rinnovo delle immobilizzazioni date in concessione, accantonamenti diretti a consentire al concessionario di restituire al concedente detti beni in perfetto stato al termine della concessione.

9 Le spese di rinnovo effettuate dall'EDF venivano iscritte in bilancio alla voce intitolata «Controvalore dei beni dati in concessione». Tale voce, parimenti intitolata «Diritti del concedente», rappresentava una voce di debito dell'EDF nei confronti dello Stato francese, connessa alla restituzione gratuita, al termine della concessione, dei beni sostituiti.

10 Nel 1994, la Corte dei conti francese riteneva irregolare lo status patrimoniale della RAG e, conseguentemente, il menzionato piano contabile. Lo Stato francese provvedeva quindi ad un chiarimento dello status patrimoniale della RAG nonché alla ristrutturazione del bilancio dell'EDF.

11 Il contratto d'opera «Stato-EDF 1997-2000», siglato l'8 aprile 1997, prevedeva una normalizzazione dei conti dell'impresa e dei suoi rapporti finanziari con lo Stato, nella prospettiva dell'apertura del mercato dell'energia elettrica prevista dalla direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (GU 1997, L 27, pag. 20). In tale prospettiva veniva emanata la legge n. 97-1026.

12 Prima dell'adozione di tale legge, il bilancio dell'EDF si presentava nel modo seguente:

- all'attivo figurava una voce intitolata «Immobilizzazioni materiali del settore dato in concessione», per un valore di FRF 285,7 miliardi, di cui circa FRF 90 miliardi a titolo della RAG;
- al passivo figurava una voce intitolata «Accantonamenti», dotata di circa FRF 38,5 miliardi a titolo della RAG, nonché una voce intitolata «Controvalore dei beni dati in concessione», in cui erano registrate le spese di rinnovo effettuate. Tale voce ammontava a FRF 145,2 miliardi, di cui FRF 18,3 miliardi a titolo della RAG.

13 In applicazione dell'articolo 4 della legge n. 97-1026, la ristrutturazione del bilancio dell'EDF veniva comunicata all'EDF, in data 22 dicembre 1997, con lettera del Ministro dell'Economia, delle Finanze e dell'Industria, del segretario di Stato al Bilancio e del segretario di Stato all'Industria e, in particolare, con il suo allegato 1. Le conseguenze fiscali di tale ristrutturazione erano esposte nell'allegato 3 della lettera medesima. Al punto 34 della sentenza impugnata, il Tribunale ha riassunto le operazioni effettuate nell'ambito di tale ristrutturazione nei termini seguenti:

- in primo luogo, i beni costitutivi della RAG sono stati riclassificati, per un valore di FRF 90,325 miliardi, come «beni propri», perdendo così la qualifica di «beni dati in concessione»;
- in secondo luogo, gli accantonamenti per rinnovo della RAG non utilizzati, per un valore di FRF 38,521 miliardi, sono stati contabilizzati come utili non distribuiti senza transitare per il conto profitti e perdite e sono stati riclassificati per un valore di FRF 20,225 miliardi nel riporto a nuovo delle perdite, conto che è stato in tal modo estinto, mentre il saldo di FRF 18,296

miliardi è stato destinato alle riserve. Pur non essendo transitate per il conto economico, queste riclassificazioni hanno dato luogo all'accertamento di un prodotto imponibile, tassato all'aliquota del 41,66%, in applicazione dell'art. 38, n. 2, del code général des impôts;

– in terzo luogo, i «diritti del concedente» sono stati destinati direttamente alla voce dei conti patrimoniali per un importo di FRF 14,119 miliardi (su un totale di FRF 18,345 miliardi) senza transitare per il conto economico, mentre il saldo era iscritto in diversi conti di rivalutazione.

#### *Il procedimento amministrativo e la decisione controversa*

14 Con lettere in data 10 luglio e 27 novembre 2001 la Commissione invitava le autorità francesi a fornirle talune informazioni riguardanti una serie di misure prese nei confronti dell'EDF che potevano eventualmente costituire elementi di aiuti di Stato.

15 Successivamente, avevano luogo scambi di corrispondenza tra la Commissione e le autorità francesi, tra cui figura una lettera del 9 aprile 2002 (in prosieguo: la «lettera del 9 aprile 2002»), inviata alla Commissione dalle autorità francesi, cui era allegata una nota, non datata, della direzione generale delle imposte del Ministero dell'Economia, delle Finanze e dell'Industria, in cui si esponeva, segnatamente, quanto segue:

«I diritti del concedente relativi alla RAG rappresentano un indebito che l'incorporazione nel capitale ha sottratto all'imposta in maniera ingiustificata.

Tali accantonamenti sono stati incorporati al capitale senza incidenza fiscale, non rientrando la RAG nel regime fiscale e contabile delle concessioni. Poiché la RAG è costituita da beni propri, l'EDF non aveva nei confronti dello Stato alcun debito di restituzione di tali beni, quindi gli importi figuranti sotto la voce “[D]iritti del concedente” costituiscono non un passivo vero e proprio, bensì una riserva non esente da imposta. Di conseguenza, tale riserva, prima della sua incorporazione nel capitale, avrebbe dovuto essere trasferita dal passivo dell'ente in cui figurava erroneamente ad un conto patrimoniale netto, comportando quindi una variazione positiva dell'attivo netto imponibile in applicazione del già citato art. 38, [paragrafo 2].

Il vantaggio in termini fiscali così ottenuto può essere valutato nell'ordine di 5,88 [miliardi di FRF] (14,119 x 41,66%). [vale a dire EUR 888,89 milioni, secondo la conversione effettuata dalla Commissione sulla base del tasso di cambio FRF/EUR del 22 dicembre 1997]».

16 Con lettera del 16 ottobre 2002, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 16 novembre 2002 (GU C 280, pag. 8), la Commissione notificava alle autorità francesi tre decisioni congiunte riguardanti l'EDF. In particolare, a termini dell'articolo 88, paragrafo 2, CE, la Commissione emanava una decisione di avvio del procedimento formale di indagine sul beneficio risultante dal mancato pagamento, da parte dell'EDF, dell'imposta sulle società dovuta sulla quota di accantonamenti contabili creati in esenzione d'imposta per il rinnovo della RAG.

17 Successivamente, avevano luogo ulteriori scambi di corrispondenza tra le autorità francesi e la Commissione, tra cui figura la lettera del 9 dicembre 2002 (in prosieguo: la «lettera del 9 dicembre 2002»), inviata alla Commissione dalle autorità francesi, in cui si legge, segnatamente, quanto segue:

«2. La riforma contabile del 1997 può essere considerata quale conferimento di capitale complementare, di importo equivalente all'esenzione parziale dall'imposta, il cui scopo è parimenti consistito nel correggere una sottocapitalizzazione.

(...)

I diritti del concedente 'RAG' erano stati già considerati, prima del 1997, quali quasi fondi propri in considerazione della particolare situazione risultante dal doppio status dello Stato nei confronti dell'EDF: autorità concedente e proprietaria. Ciò premesso, era implicito che i diritti del concedente non costituissero un debito realmente esigibile da parte dell'EDF nei confronti dello Stato.

Pertanto, in occasione della ristrutturazione del bilancio del 1997, cui hanno partecipato il Ministro dell'Economia, delle Finanze e dell'Industria e i segretari di Stato al Bilancio e all'industria, l'EDF e lo Stato hanno inteso imputare i quasi fondi propri a capitale, ad esclusione della riscossione dell'imposta sulle società.

In tale prospettiva, è stato ritenuto più efficace e neutro per i poteri pubblici imputare direttamente i diritti del concedente in fondi propri in ragione del loro importo complessivo piuttosto che effettuare l'operazione di natura equivalente che sarebbe consistita in:

- imputare a capitale un importo al netto dell'imposta sulle società;
- chiedere il versamento, da parte dell'EDF, dell'imposta sulle società corrispondente alla variazione di attivo netto;
- procedere ad un conferimento complementare di capitale di importo equivalente all'imposta assolta.

Tale conferimento complementare risultava giustificato dalle prospettive di redditività offerte dall'EDF nel 1997, concretizzatesi d'altronde negli anni seguenti. In circostanze analoghe, un investitore privato operante in economia di mercato avrebbe proceduto ad un conferimento di capitale di tal genere.

Si può peraltro ricordare che il riquadrimento contabile degli accantonamenti per il rinnovo della RAG è stato parimenti effettuato (...) al fine di ristabilire una struttura di bilancio più conforme alle imprese di analoghi settori industriali».

18 Il 16 dicembre 2003 la Commissione emanava la decisione controversa.

19 L'articolo 3 di tale decisione così recita:

«Il mancato pagamento da parte di EDF nel 1997 dell'imposta sulle società sulla quota degli accantonamenti creati in esenzione d'imposta per il rinnovo della RAG, pari a 14,119 miliardi di FRF di diritti del [concedente] riclassificati nei conti patrimoniali, costituisce un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune.

L'elemento d'aiuto connesso al mancato pagamento dell'imposta sulle società ammonta a 888,89 milioni di EUR».

20 Il successivo articolo 4 così recita:

«La Francia adotta tutti i provvedimenti necessari per recuperare da EDF l'aiuto di cui all'articolo 3, già messo illegalmente a sua disposizione».

21 Per quanto attiene al beneficio fiscale di cui avrebbe beneficiato l'EDF nel 1997, nella motivazione di tale decisione la Commissione ha osservato, segnatamente, quanto segue:

«(88) La lettera del Ministro dell'Economia che illustra le conseguenze fiscali della riclassificazione del bilancio di EDF dimostra che gli accantonamenti per il rinnovo della RAG non utilizzati sono stati assoggettati dalle autorità francesi all'imposta sulle società all'aliquota in vigore nel 1997 pari a 41,66%.

(89) Per contro, conformemente all'articolo 4 della legge n. 97-1026 (...), una parte di detti accantonamenti, vale a dire i diritti del [concedente], corrispondenti alle attività di rinnovo già realizzate, è stata riclassificata nei conti patrimoniali per una cifra di 14,119 miliardi di FRF senza assoggettarla all'imposta sulle società. (...) In una nota della direzione generale delle imposte del 9 aprile 2002, indirizzata alla Commissione, le autorità francesi (...) rilevano che "il vantaggio in termini fiscali così ottenuto [nel 1997 da EDF] può essere valutato nell'ordine di 5,88 miliardi di FRF (14,119 x 41,66%)", pari a 888,89 milioni di EUR (...).

(...)

(91) La Commissione ritiene che i diritti del [concedente] avrebbero dovuto essere contemporaneamente assoggettati alla stessa aliquota prevista per gli altri accantonamenti contabili creati in esenzione d'imposta. Ciò significa che i 14,119 miliardi di FRF di diritti del [concedente] avrebbero dovuto essere sommati ai 38,5 miliardi di FRF di accantonamenti non utilizzati ed assoggettati all'aliquota del 41,66% applicata alla riclassificazione del bilancio di EDF da parte delle autorità francesi. Non versando la totalità dell'imposta sulle società dovuta al momento della riclassificazione del bilancio, EDF ha risparmiato 888,89 milioni di EUR.

(...)

(95) Le autorità francesi sostengono inoltre che la riforma contabile del 1997 equivale ad un conferimento integrativo al patrimonio di importo pari all'esenzione parziale dall'imposta. Secondo le stesse autorità, si tratterebbe quindi di un investimento e non di un aiuto. (...)

(96) La Commissione respinge tali argomentazioni ribadendo che il principio che regola l'investimento privato può valere soltanto nell'ambito dell'esercizio di attività economiche e non nel quadro dell'esercizio di poteri di regolamentazione. Un potere pubblico non può far leva sugli eventuali benefici economici che potrebbe trarre come proprietaria di un'impresa per giustificare un aiuto concesso in maniera discrezionale grazie alle prerogative di cui dispone in quanto autorità fiscale nei confronti della medesima impresa.

(97) Infatti, se uno Stato membro, oltre all'esercizio della pubblica amministrazione, ha facoltà di agire come azionista, non può confondere il ruolo di Stato che esercita la pubblica amministrazione con quello di Stato azionista. Autorizzare gli Stati membri ad utilizzare le proprie prerogative di pubbliche amministrazioni a favore di investimenti in imprese attive su mercati aperti alla concorrenza priverebbe di ogni effetto utile le norme comunitarie in materia di aiuti di Stato. Inoltre, se, in virtù dell'articolo 295, il Trattato lascia impregiudicata la proprietà di capitali, ciò non significa che le imprese pubbliche non siano soggette alle stesse regole cui sono soggette le aziende private. Non vi sarebbe infatti parità di trattamento fra le imprese pubbliche e quelle private se lo Stato utilizzasse a vantaggio delle imprese di cui è azionista le proprie prerogative di pubblica amministrazione».

22 Al punto 51 della sentenza impugnata il Tribunale ha fatto presente che, a fronte degli interessi calcolati in applicazione dell'articolo 4 della decisione controversa, l'importo complessivo di cui è stata chiesta la restituzione all'EDF ammonta a EUR 1,217 miliardi e che l'EDF aveva rimborsato tale somma allo Stato francese.

### **Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata**

23 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 27 aprile 2004, l'EDF ha proposto il ricorso diretto all'annullamento degli articoli 3 e 4 della decisione controversa.

24 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 17 agosto 2004, la Repubblica francese ha chiesto di intervenire a sostegno dell'EDF. Con ordinanza del 20 settembre 2004 il presidente della Terza Sezione del Tribunale ha ammesso l'intervento.

25 Con atto registrato presso la cancelleria del Tribunale il 3 marzo 2008, la Iberdrola SA (in prosieguo: la «Iberdrola») ha chiesto di intervenire a sostegno della Commissione. Atteso che la domanda di intervento è stata presentata successivamente alla scadenza del termine di sei settimane, di cui all'articolo 115, paragrafo 1, del regolamento di procedura del Tribunale, la Iberdrola è stata ammessa, con ordinanza del 5 giugno 2008, a presentare osservazioni a sostegno della Commissione nel corso della fase orale del procedimento.

26 A sostegno del proprio ricorso l'EDF ha dedotto tre motivi in via principale e due motivi in via di subordine.

27 Il Tribunale ha limitato il proprio esame al primo motivo e ai tre primi capi del secondo motivo dedotti in via principale. Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha infatti respinto il primo motivo nonché i primi due capi del secondo motivo. Per contro, il Tribunale ha accolto il terzo capo del secondo motivo annullando, conseguentemente, gli articoli 3 e 4 della decisione controversa.

28 Con detto terzo capo del secondo motivo di ricorso, l'EDF, ha fatto valere che le misure di cui trattasi avrebbero dovuto essere qualificate come conferimenti di capitale ed essere analizzate in un contesto complessivo di chiarimento dei rapporti finanziari tra lo Stato e l'EDF. Mettendo in atto le suddette misure, lo Stato avrebbe agito come un investitore privato in economia di mercato, cosa che la Commissione avrebbe potuto verificare, applicando il criterio dell'investitore privato.



29 La Repubblica francese è intervenuta a sostegno dell'EDF per quanto attiene, segnatamente, al suddetto terzo capo. La Iberdrola è intervenuta a sostegno della Commissione con riguardo al capo medesimo.

30 Ai punti 233-237 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato che, al fine di accertare se incombesse o meno alla Commissione esaminare l'intervento dello Stato francese nel capitale dell'EDF alla luce del criterio dell'investitore privato, occorreva determinare se tale intervento, in considerazione della sua natura e del suo oggetto e tenuto conto dell'obiettivo perseguito, costituisca un investimento realizzabile da un investitore privato e fosse, quindi, effettuato dallo Stato medesimo quale operatore economico operante al pari di un investitore privato, ovvero se costituisca un intervento dello Stato in quanto potere pubblico, con esclusione, dunque, di tale criterio. In particolare, il Tribunale ha ritenuto opportuno non limitare l'esame della misura di cui trattasi alla sua sola forma, atteso che il ricorso allo strumento della legge non è, di per sé, sufficiente ad escludere il fatto che l'intervento dello Stato nel capitale di un'impresa persegua un obiettivo economico che possa essere parimenti perseguito da un investitore privato.

31 Ai punti 240-242 di tale sentenza, il Tribunale ha rammentato che i «diritti del [concedente]» sono stati destinati direttamente alla voce del conto patrimoniale per un valore di FRF 14,119 miliardi senza transitare per il conto di risultato. Il Tribunale ha sottolineato che la Commissione aveva ritenuto che la sola mancata tassazione di tali diritti prima del conferimento di capitale costituisca un aiuto di Stato, atteso che tutte le parti concordavano nel ritenere che l'importo di FRF 14,119 miliardi avrebbe dovuto essere assoggettato ad imposta prima di essere iscritto alla voce «Conto patrimoniale».

32 Ai successivi punti 243-245, il Tribunale ha rilevato che la misura de qua, volta a ristrutturare il bilancio dell'EDF e ad aumentarne i fondi propri, costituiva non una disposizione di natura fiscale in sé, bensì una disposizione di natura contabile con ripercussioni fiscali. Il Tribunale ha tuttavia osservato che la Commissione si era limitata a esaminare le sole ripercussioni fiscali di tale misura, precisando che, alla luce della natura fiscale del vantaggio individuato, non le competesse prendere in considerazione né l'aumento di capitale realizzato né il criterio dell'investitore privato, atteso che la rinuncia a un credito fiscale come quello in oggetto risultava dall'esercizio di prerogative di potere pubblico.

33 Ai punti 247-250 della sentenza medesima, il Tribunale ha rilevato che, alla luce dell'obiettivo di ricapitalizzazione dell'EDF perseguito dalla misura de qua, la sola natura fiscale del credito controverso non consentiva alla Commissione di escludere l'applicazione del criterio dell'investitore privato. A parere del Tribunale, incombeva alla Commissione l'obbligo di verificare la razionalità economica dell'investimento, valutando se, in circostanze analoghe, un investitore privato avrebbe proceduto ad un investimento di entità simile a favore dell'EDF. Infatti, tale obbligo incomberebbe alla Commissione, a prescindere dalla forma con cui lo Stato abbia conferito i capitali.

34 Ai punti 251-252 della sentenza impugnata, il Tribunale ha precisato che non si può escludere che la forma assunta dall'investimento de quo comporti differenze in termini di costi di mobilitazione del capitale e di rendimento del medesimo che possano indurre a ritenere che un investitore privato non avrebbe realizzato un investimento simile. Orbene, ciò presupporrebbe l'effettuazione di un'analisi economica nell'ambito dell'applicazione del criterio dell'investitore

privato. Infatti, a parere del Tribunale, un'analisi di tal genere sarebbe giustificata in quanto, da un lato, un aumento di capitale sarebbe potuto derivare dall'incorporazione di un credito posseduto da un'azionista privato nei confronti dell'impresa e in quanto, dall'altro, il ricorso ad una legge a tal fine avrebbe potuto essere considerata quale conseguenza necessaria del fatto che le regole relative al capitale dell'EDF erano esse stesse stabilite per legge.

35 Al successivo punto 253, il Tribunale ha pertanto concluso che, considerata la necessità di valutare la misura controversa nel suo contesto, la Commissione non poteva limitarsi ad esaminarne le ripercussioni fiscali, bensì doveva contemporaneamente esaminare la fondatezza dell'argomento secondo cui la rinuncia al credito d'imposta, nell'ambito dell'operazione di ristrutturazione del bilancio e di aumento del capitale dell'EDF, avrebbe potuto essere considerata conforme al criterio dell'investitore privato.

36 Il Tribunale ha quindi respinto, ai punti 254-259 di detta sentenza, l'argomento della Commissione secondo cui il criterio dell'investitore privato non avrebbe potuto trovare applicazione, avendo lo Stato francese esercitato, nella specie, le proprie prerogative di potere pubblico ricorrendo ad una legge per rinunciare ad un credito fiscale. A tal riguardo, l'istituzione ha ritenuto che, nella specie, non sussistessero obblighi incombenti allo Stato quale potere pubblico e che non si trattasse di valutare taluni costi derivanti per lo Stato dai propri obblighi di potere pubblico.

37 Ai successivi punti 260-263, il Tribunale ha respinto l'argomento della Commissione secondo cui il criterio dell'investitore privato non potrebbe applicarsi alla conversione di un credito fiscale in capitale, atteso che un investitore privato non potrebbe detenere, nei confronti di un'impresa, un credito di tal genere, bensì unicamente un credito di natura civile o commerciale. Orbene, secondo il Tribunale, lo scopo del criterio dell'investitore privato sarebbe quello di verificare se questi, pur non disponendo degli stessi mezzi di cui dispone lo Stato, avrebbe deciso, nelle stesse circostanze, di effettuare un investimento analogo. Risulterebbero, quindi, influenti la natura del credito ed il fatto che un investitore privato non possa detenere un credito fiscale.

38 Ai punti 264-277 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto l'argomento della Commissione secondo cui, in una situazione analoga, un investitore privato avrebbe dovuto assolvere l'imposta, il che avrebbe determinato, nei confronti di quest'ultimo, un costo superiore, in quanto, per concedere EUR 100, un investitore privato avrebbe dovuto mobilitare, in realtà, EUR 141,66.

39 A tal riguardo, in primo luogo, il Tribunale ha rilevato che l'EDF e la Repubblica francese avevano sostenuto – e che la Commissione stessa aveva osservato, al paragrafo 51 della decisione di avvio del procedimento formale d'indagine menzionato supra al punto 16 – che, in base al diritto tributario francese, la variazione di un attivo netto conseguente ad un aumento di capitale per incorporazione di un credito di un azionista nei confronti di un'impresa non dev'essere tenuto in considerazione ai fini del calcolo dell'imposta sulle società e che, di conseguenza, tale conversione del credito in capitale non genera un'imposizione avente come base imponibile l'importo del credito medesimo.

40 In secondo luogo, il Tribunale ha ritenuto che l'argomento della Commissione si ponesse in contraddizione con il beneficio da essa individuato nella decisione controversa, considerato che

tale argomento implicava l'esame del costo globale sostenuto da un investitore privato per investire FRF 14,119 miliardi, laddove la riclassificazione dei diritti del concedente, per tale importo, non era stata considerata dalla Commissione come costitutiva di un aiuto di Stato.

41 In terzo luogo, il Tribunale ha ritenuto l'argomento della Commissione privo di coerenza, avendo l'istituzione ammesso che essa avrebbe esaminato il conferimento complementare di capitale di FRF 5,88 miliardi – importo che il Tribunale ha erroneamente indicato pari a FRF 5,6 miliardi – qualora l'EDF avesse preliminarmente versato tale importo a titolo d'imposta, ossia qualora la Repubblica francese le avesse retroceduto l'importo medesimo, poiché in tal caso – e soltanto in tal caso – i costi rispettivi per lo Stato e per l'investitore privato avrebbero potuto essere posti a raffronto. Orbene, il Tribunale ha ritenuto che, in tale ipotesi, il costo sarebbe stato identico per lo Stato e l'importo percepito dall'EDF sarebbe stato identico a quello da essa ottenuto per mezzo della misura controversa.

42 In quarto luogo, il Tribunale ha ritenuto che, anche ammesso che un investitore privato fosse effettivamente tenuto ad assolvere l'imposta, il costo di un conferimento di capitale per incorporazione di credito sarebbe risultato, per detto investitore, pari a FRF 5,88 miliardi, vale a dire identico a quello sopportato, nella specie, dallo Stato francese. Inoltre, solo l'applicazione del criterio dell'investitore privato consentirebbe di verificare l'esistenza di un'eventuale disparità di costi.

43 In quinto luogo, il Tribunale ha considerato che, anche qualora il costo di una ricapitalizzazione per un valore di FRF 14,119 miliardi fosse pari a zero per lo Stato francese e che tale costo fosse pari a FRF 5,88 miliardi per un investitore privato, tale disparità di costi non impedirebbe comunque di applicare il criterio dell'investitore privato.

44 Al punto 283 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto l'argomento della Commissione secondo cui ammettere l'applicazione del criterio dell'investitore privato potrebbe portare ad approvare tutte le forme di esenzione fiscale concesse dagli Stati membri. A tal riguardo, il Tribunale, da un lato, ha ricordato che, nella specie, non si trattava, a suo parere, di una semplice esenzione fiscale concessa ad un'impresa, bensì della rinuncia ad un credito fiscale nell'ambito di un aumento di capitale di un'impresa di cui lo Stato era il solo azionista e, dall'altro, ha ritenuto che non si potessero fare congetture sull'esito dell'applicazione di tale criterio, che risulterebbe altrimenti privo di utilità.

### **Procedimento dinanzi alla Corte**

45 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 29 luglio 2010, l'Autorità di vigilanza EFTA ha chiesto di intervenire a sostegno della Commissione.

46 Con ordinanza del 2 settembre 2010, il presidente della Corte ha ammesso tale intervento.

### **Conclusioni delle parti**

47 La Commissione conclude che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale ha ivi disposto l'annullamento degli articoli 3 e 4 della decisione controversa, condannando la Commissione a sopportare le proprie spese nonché quelle dell'EDF;

- respingere il terzo capo del secondo motivo dedotto dall'EDF in primo grado;
- rinviare la causa dinanzi al Tribunale ai fini di un nuovo esame, e
- riservare le spese del presente grado di giudizio.

48 L'Autorità di vigilanza EFTA conclude che la Corte voglia:

- accogliere il ricorso ed annullare la sentenza impugnata, e
- rinviare la causa dinanzi al Tribunale.

49 La Iberdrola conclude che la Corte voglia:

- accogliere il ricorso ed annullare la sentenza impugnata;
- respingere il terzo capo del secondo motivo dedotto dall'EDF;
- rinviare la causa dinanzi al Tribunale, e
- condannare l'EDF alle spese, ivi comprese quelle sostenute dalla Iberdrola.

50 L'EDF e la Repubblica francese concludono che la Corte voglia:

- respingere il ricorso, e
- condannare la Commissione alle spese.

### **Sull'impugnazione**

51 A sostegno dell'impugnazione la Commissione deduce due motivi attinenti, il primo, ad uno snaturamento dei fatti e, il secondo, ad un errore di diritto nell'interpretazione dell'articolo 87 CE e, più in particolare, nella determinazione della sfera di applicazione e del contenuto del criterio dell'investitore privato accorto operante in un'economia di mercato.

52 Appare opportuno esaminare, in primo luogo, il secondo motivo.

*Sul secondo motivo, attinente ad un errore di diritto nell'interpretazione dell'articolo 87 CE*

53 Il secondo motivo si articola su quattro capi, che appare opportuno esaminare congiuntamente.  
Argomenti delle parti

54 Con il primo capo del secondo motivo, la Commissione deduce che il Tribunale è incorso in un errore di diritto nella parte in cui, per stabilire se lo Stato francese avesse agito quale azionista o quale pubblica autorità, si è fondato sull'obiettivo perseguito dallo Stato medesimo. Infatti, l'articolo 87, paragrafo 1, CE non farebbe distinzioni in funzione degli obiettivi perseguiti dagli interventi statali.

55 La Commissione sostiene che il criterio fondato sull'intento dello Stato membro non consente di stabilire una distinzione tra gli interventi dello Stato azionista e quelli dello Stato agente quale potere pubblico. A parere dell'istituzione, tale criterio presenta un carattere soggettivo e si presta a manipolazioni.

56 Con il secondo capo del secondo motivo, la Commissione deduce, in primo luogo, che il Tribunale non ha cercato di accertare se il comportamento tenuto dallo Stato francese fosse analogo a quello di un investitore privato, in quanto la sua analisi sarebbe volta non allo «schema corto» di cui alla legge n. 97-1026, bensì allo «schema lungo» consistente, anzitutto, nell'imputare alla voce «Conto patrimoniale» un importo al netto d'imposta, successivamente, nel chiedere all'EDF il versamento di un'imposta corrispondente alla variazione dell'attivo netto e, infine, nel procedere ad un conferimento complementare di capitale per un importo pari all'imposta medesima.

57 Orbene, a parere della Commissione, la scelta dell'uno o dell'altro procedimento non sarebbe indifferente, in quanto, nello «schema lungo», il bilancio dello Stato garantirebbe la trasparenza, laddove nello «schema corto», applicato nella specie, le risorse impegnate sfuggirebbero a qualsiasi disciplina di bilancio. In tal modo, la parità di trattamento sul fronte tributario sarebbe stata violata, in quanto l'EDF avrebbe beneficiato di un trattamento particolare al di fuori di qualsiasi trasparenza.

58 In secondo luogo, la Commissione contesta al Tribunale di non aver tenuto conto della necessità di definire un investitore privato di riferimento, laddove la giurisprudenza prevede la definizione di un termine di paragone reale esistente nell'economia di mercato. Infatti, a parere dell'istituzione, la Corte ha escluso dalla sfera di applicazione del criterio dell'investitore privato le fattispecie in cui non esiste alcun operatore reale cui il comportamento dello Stato possa essere paragonato.

59 In terzo luogo, la Commissione ritiene che il comportamento dello Stato francese non avrebbe potuto essere tenuto da un investitore privato, in quanto quest'ultimo avrebbe dovuto assolvere l'imposta sulle società e non avrebbe potuto convertirla in capitale. Solo lo Stato, nella sua qualità di amministrazione finanziaria, avrebbe potuto ancora disporre della somma di cui trattasi. Orbene, il criterio dell'investitore privato sarebbe volto ad accertare l'effettività di un investimento privato in condizioni analoghe.

60 In quarto luogo, la Commissione ritiene che il criterio dell'investitore privato, assunto dal Tribunale, sia diretto ad esaminare qualsiasi comportamento dello Stato sotto il profilo della redditività, il che consentirebbe all'impresa pubblica di trarre vantaggio dallo status del loro proprietario.

61 Con il terzo capo del secondo motivo, la Commissione sostiene che, assumendo il solo profilo della redditività e della possibilità per lo Stato di far uso delle proprie prerogative di potere pubblico, l'analisi condotta dal Tribunale viola il principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, causa distorsioni di concorrenza contrarie agli articoli 295 CE e 87 CE e si pone in contrasto con l'obiettivo perseguito dal criterio dell'investitore privato. Infatti, tale criterio

diverrebbe un mezzo per escludere la qualificazione di aiuto con riguardo a misure che un investitore privato non possa adottare.

62 Con il quarto capo del secondo motivo, la Commissione deduce, in primo luogo, che il Tribunale ha violato le regole relative alla ripartizione dell'onere della prova. A parere dell'istituzione, quando ricorrono tutti gli altri requisiti ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un aiuto di Stato, spetta allo Stato membro che intenda far valere la deroga relativa al criterio dell'investitore privato fornire la prova che sussistano i presupposti dell'ammissibilità di tale deroga.

63 Orbene, sarebbe pacifico che le autorità francesi si sono limitate, nel corso del procedimento amministrativo, a dedurre considerazioni relative alla redditività senza produrre alcun dato a sostegno delle loro affermazioni. Inoltre, da alcun elemento degli atti emergerebbe che lo Stato francese abbia preso in considerazione la redditività potenziale dell'esenzione d'imposta contestata. Ciò premesso, la Commissione ritiene di non poter essere tenuta a procedere ad un esame dell'esenzione fiscale de qua alla luce di tale criterio.

64 In secondo luogo, la Commissione ricorda che la legittimità di una decisione in materia di aiuti di Stato dev'essere valutata alla luce degli elementi d'informazione di cui essa poteva disporre al momento dell'adozione della decisione medesima. Orbene, dalle suesposte considerazioni emergerebbe che, all'epoca, la Commissione non disponesse di alcun elemento idoneo a dimostrare la pertinenza del criterio dell'investitore privato.

65 La Iberdrola riprende la tesi della Commissione aggiungendo, per quanto attiene al primo capo del secondo motivo, che, riconoscendo un ruolo centrale all'obiettivo perseguito dallo Stato, il Tribunale avrebbe violato la distinzione esistente tra lo Stato azionista e lo Stato operante quale potere pubblico. In tal modo, la disparità esistente tra gli strumenti di cui dispone un operatore privato e quelli dello Stato scomparirebbe dietro la possibile convergenza degli obiettivi perseguiti.

66 La Iberdrola precisa che nessun operatore privato può stabilire le condizioni cui è soggetta la tassazione e ritiene che, atteso che un'attività economica consiste nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato, l'esercizio di un potere in materia fiscale non faccia parte di tale attività. La Iberdrola aggiunge che il fatto di vietare allo Stato di far uso del potere che esso detiene in materia fiscale a favore di imprese pubbliche non implica alcuna discriminazione, potendo lo Stato sempre procedere ad un conferimento di capitale.

67 Quanto al secondo capo del secondo motivo, la Iberdrola precisa che, qualora lo Stato francese avesse percepito l'imposta integrandola nel proprio bilancio, non vi sarebbe certezza che il conferimento dell'importo controverso nel capitale dell'EDF sarebbe stato realizzato, atteso che le procedure, i controlli e le concertazioni previste ai fini dell'attuazione di una decisione relativa a tale conferimento sarebbero stati differenti da quelli cui ha dato luogo l'esenzione fiscale de qua.

68 Quanto al terzo capo del secondo motivo, la Iberdrola sostiene che la separazione operata tra le attività statali di azionista e quelle derivanti dalle proprie prerogative di potere pubblico è volta a prevenire un conflitto d'interessi ed a preservare la parità di opportunità tra gli operatori. Orbene, la logica assunta dal Tribunale consentirebbe agli Stati membri di far uso delle proprie prerogative per esentare le imprese pubbliche da taluni obblighi incombenti sugli operatori privati.

69 L'Autorità di vigilanza EFTA si allinea alla tesi della Commissione e della Iberdrola. Per quanto attiene al primo capo del secondo motivo, essa ritiene che le intenzioni dello Stato, quand'anche possano essere determinate con certezza, non debbano essere prese in considerazione. Occorrerebbe determinare, sulla base di criteri oggettivi e verificabili, se lo Stato abbia agito quale potere pubblico ovvero quale investitore privato.

70 L'Autorità di vigilanza EFTA rileva che lo Stato percepisce imposte nell'ambito dell'esercizio di poteri pubblici e ritiene che, pertanto, la rinuncia a crediti fiscali si collochi nello stesso contesto. Orbene, un comportamento come quello dello Stato non potrebbe essere paragonato a quello di un investitore privato.

71 Quanto al secondo capo del secondo motivo, l'Autorità di vigilanza EFTA sottolinea che il debito dell'EDF nei confronti dello Stato francese era di natura non commerciale o contrattuale, bensì tributaria. A parere di detta autorità, il Tribunale, in luogo di porre a raffronto un comportamento soggettivo fittizio dello Stato francese con quello di un investitore privato ipotetico, avrebbe dovuto comparare il comportamento effettivo dello Stato a quello non di un creditore, bensì di un investitore esistente sul mercato.

72 L'Autorità di vigilanza EFTA precisa che la crisi finanziaria ha dimostrato che, in una situazione di tal genere, occorre applicare un criterio chiaro e semplice da utilizzare, fondato su elementi oggettivi, che possano costituire oggetto di sindacato giurisdizionale. Orbene, l'approccio assunto dal Tribunale non risponderebbe a tale esigenza.

73 Per quanto attiene al quarto capo del secondo motivo, l'Autorità di vigilanza EFTA sottolinea che l'inversione dell'onere della prova imposta dal Tribunale pone gli enti incaricati di controllare gli aiuti di Stato in una posizione difficile, considerato che essi non sono in grado di prendere le loro decisioni se non alla luce delle informazioni di cui dispongono. La Commissione non potrebbe applicare il criterio dell'investitore privato di propria iniziativa.

74 L'EDF e la Repubblica francese concludono chiedendo il rigetto del secondo motivo di impugnazione. In particolare, a parere dell'EDF e della Repubblica francese, correttamente il Tribunale ha ritenuto che il criterio dell'investitore privato fosse applicabile nella specie e che la Commissione, respingendo ipso facto tale criterio, abbia violato gli obblighi procedurali ad essa incombenti.

#### Giudizio della Corte

75 La Commissione, l'Autorità di vigilanza EFTA e la Iberdrola contestano, sostanzialmente, al Tribunale di aver esaminato l'applicabilità, nella specie, del criterio dell'investitore privato, in primo luogo, prendendo a tal fine in considerazione l'obiettivo perseguito dallo Stato francese nell'adozione della misura controversa, in secondo luogo, confondendo i ruoli dello Stato azionista e dello Stato esercente i propri poteri in materia tributaria, in terzo luogo, violando il principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e, in quarto luogo, violando i principi relativi alla ripartizione dell'onere della prova.

76 Dalla giurisprudenza risulta che una misura concessa per mezzo di risorse statali che ponga l'impresa beneficiaria in una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quella dei propri concorrenti e che, per tale motivo, falsi o rischi di falsare la concorrenza, incidendo al tempo stesso sugli scambi tra gli Stati membri, non può sfuggire, ipso facto, alla qualificazione di «aiuto» ai sensi dell'articolo 87 CE in considerazione degli obiettivi perseguiti dallo Stato stesso (v., in tal senso, sentenze del 19 maggio 1999, Italia/Commissione, C-6/97, Racc. pag. I-2981, punto 15; del 19 settembre 2000, Germania/Commissione, C-156/98, Racc. pag. I-6857, punto 25 e giurisprudenza citata, nonché del 9 giugno 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e a./Commissione, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 94 e giurisprudenza citata).

77 Infatti, la disposizione di cui al paragrafo 1 di tale articolo non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti (sentenza Comitato «Venezia vuole vivere» e a./Commissione, cit. supra, punto 94 e giurisprudenza citata).

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

79 In particolare, emerge dalla giurisprudenza che, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata attuata, in normali condizioni di mercato, da un investitore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 1986, Belgio/Commissione, 234/84, Racc. pag. 2263, punto 14, e Belgio/Commissione, 40/85, Racc. pag. 2321, punto 13, nonché del 14 settembre 1994, Spagna/Commissione, da C-278/92 a C-280/92, Racc. pag. I-4103, punto 22, e del 28 gennaio 2003, Germania/Commissione, C-334/99, Racc. pag. I-1139, punto 134).

80 Ne deriva che i ruoli dello Stato azionista dell'impresa, da un lato, e dello Stato agente quale potere pubblico, dall'altro, devono essere distinti, come giustamente sostenuto dalla Commissione, dall'Autorità di vigilanza EFTA nonché dalla Iberdrola e come affermato dal Tribunale ai punti 223-228 della sentenza impugnata.

81 Conseguentemente, l'applicabilità del criterio dell'investitore privato dipende, in definitiva, dal fatto che lo Stato membro interessato concede, nella sua qualità di azionista e non nella sua qualità di potere pubblico, un vantaggio economico ad un'impresa a esso appartenente.

82 Ne consegue che, qualora uno Stato membro invochi tale criterio nel corso del procedimento amministrativo, incombe al medesimo, in caso di dubbio, provare inequivocabilmente e sulla base di elementi oggettivi e verificabili che la misura attuata sia riconducibile alla sua qualità di azionista.



83 Tali elementi devono fare chiaramente apparire che lo Stato membro interessato ha preso, preliminarmente o simultaneamente alla concessione del beneficio economico (v., in tal senso, sentenza Francia/Commissione, cit. supra, punti 71 e 72), la decisione di procedere, con la misura effettivamente posta in essere, ad un investimento nell'impresa pubblica controllata.

84 A tal riguardo possono risultare necessari, segnatamente, elementi da cui emerga che tale decisione sia fondata su valutazioni economiche analoghe a quelle che, nelle circostanze della specie, un investitore privato razionale, che si fosse trovato in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato membro de quo, avrebbe fatto accertare, prima di procedere all'investimento, al fine di determinare la redditività futura dell'investimento stesso.

85 Per contro, valutazioni economiche operate successivamente alla concessione di tale beneficio, la constatazione retrospettiva dell'effettiva redditività dell'investimento realizzato dallo Stato membro de quo o giustificazioni successive della scelta del *modus procedendi* effettivamente attuato non possono essere sufficienti per dimostrare che detto Stato membro abbia adottato tale decisione, preliminarmente o simultaneamente alla concessione del beneficio, nella sua qualità di azionista (v., in tal senso, sentenza Francia/Commissione, cit. supra, punti 71 e 72).

86 Qualora lo Stato membro interessato presenti alla Commissione elementi del genere richiesto, spetta all'istituzione operare una valutazione globale prendendo in considerazione, oltre agli elementi forniti dallo Stato membro stesso, qualsiasi altro elemento pertinente nella specie che le consenta di accertare se la misura de qua sia riconducibile alla qualità di azionista o a quella di potere pubblico dello Stato membro medesimo. In particolare, possono risultare pertinenti a tal riguardo, come rilevato dal Tribunale al punto 229 della sentenza impugnata, la natura e l'oggetto di tale misura, il contesto in cui essa si colloca, nonché l'obiettivo perseguito e le regole cui la misura stessa sia soggetta.

87 Conseguentemente, nelle circostanze della specie, correttamente il Tribunale ha ritenuto che l'obiettivo perseguito dallo Stato francese potesse essere preso in considerazione, nell'ambito della valutazione globale richiesta, al fine di accertare se lo Stato medesimo avesse ben agito nella qualità di azionista e se, pertanto, il criterio dell'investitore privato fosse applicabile nella specie.

88 Per quanto attiene alla questione se l'applicabilità del criterio dell'investitore privato potesse essere esclusa, nella specie, per il sol fatto della natura fiscale dei mezzi impiegati dallo Stato francese, si deve rammentare che l'articolo 87, paragrafo 1, CE dichiara incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui pregiudichino gli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi, sotto qualsivoglia forma, per mezzo di risorse statali che, in considerazione dei loro effetti, falsino o rischino di falsare la concorrenza (v. sentenza del 19 settembre 2000, Germania/Commissione, cit. supra, punto 25 e giurisprudenza ivi richiamata).

89 Inoltre, è stato già rilevato supra al punto 78 che l'applicazione del criterio dell'investitore privato è volta a determinare se il vantaggio economico concesso ad un'impresa pubblica, sotto qualsivoglia forma, per mezzo di risorse statali sia tale, in considerazione dei suoi effetti, da falsare o rischiare di falsare la concorrenza e pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri.

90 In tal senso, la menzionata disposizione e il detto criterio mirano a prevenire che, per mezzo di risorse statali, l'impresa pubblica beneficiaria disponga di una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quella dei suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Racc. pag. I-877, punto 14, e del 19 maggio 1999, Italia/Commissione, cit. supra, punto 16).

91 Orbene, la situazione finanziaria dell'impresa pubblica beneficiaria dipende non dalla forma della messa a disposizione di tale vantaggio, quale che sia la sua natura, bensì dall'importo di cui benefici in definitiva. Correttamente il Tribunale ha quindi concentrato la propria analisi dell'applicabilità del criterio dell'investitore privato sul miglioramento della situazione finanziaria dell'EDF ai fini dell'apertura del mercato dell'energia elettrica alla concorrenza e sugli effetti della misura de qua sulla concorrenza e non sulla natura tributaria dei mezzi impiegati dallo Stato francese.

92 Pertanto, alla luce di tutte le suesposte considerazioni emerge che, tenuto conto degli obiettivi perseguiti dall'articolo 87, paragrafo 1, CE nonché dal criterio dell'investitore privato, un beneficio economico, ancorché concesso con strumenti di natura fiscale, dev'essere valutato, segnatamente, con riguardo al criterio dell'investitore privato, qualora, in esito alla valutazione globale eventualmente necessaria, emerga che lo Stato membro interessato abbia nondimeno concesso detto beneficio, malgrado l'impiego di mezzi attinenti ai poteri pubblici, nella sua qualità di azionista dell'impresa ad esso appartenente.

93 Ne consegue che la constatazione operata dal Tribunale al punto 250 della sentenza impugnata, secondo cui l'obbligo per la Commissione di verificare se i capitali siano stati conferiti dallo Stato in circostanze corrispondenti alle normali condizioni del mercato sussiste indipendentemente dalla forma in cui i capitali stessi siano stati conferiti dallo Stato, non risulta viziata da alcun errore di diritto.

94 Quanto all'argomento della Commissione, dell'Autorità di vigilanza EFTA e della Iberdrola, secondo cui un investitore privato non avrebbe potuto realizzare un investimento del genere di quello a cui ha proceduto lo Stato francese, in condizioni analoghe, in quanto avrebbe dovuto assolvere l'imposta e in quanto solo detto Stato, quale amministrazione finanziaria, poteva ancora disporre delle somme corrispondenti all'imposta de qua, si deve rilevare, da un lato, che, per l'operazione contabile di cui trattasi, l'obbligo di assolvere l'imposta sarebbe gravato sull'impresa privata che si fosse trovata nella situazione dell'EDF, e non sul suo azionista.

95 Nella specie, l'applicazione del criterio dell'investitore privato avrebbe quindi consentito di accertare se un azionista privato avrebbe conferito, in condizioni analoghe, un importo di entità pari all'imposta dovuta, in un'impresa collocata in una situazione analoga a quella dell'EDF.

96 D'altro canto, come rilevato dal Tribunale ai punti 275 e 276 della sentenza impugnata, un'eventuale differenza tra il costo sopportato da un investitore privato e quello gravante sullo Stato investitore non osterebbe all'applicazione del criterio dell'investitore privato. Infatti, tale criterio consente proprio di accertare, segnatamente, l'esistenza di tale differenza e di tenerne conto nella valutazione della questione della sussistenza delle condizioni fissate dal criterio medesimo.

97 Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, dall'Autorità di vigilanza EFTA e dalla Iberdrola, l'analisi compiuta dal Tribunale non viola la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, non genera distorsioni di concorrenza né si pone in contrasto con l'obiettivo perseguito dall'applicazione del criterio dell'investitore privato.

98 Pertanto, tenendo presente che il criterio dell'investitore privato può essere applicabile anche nel caso in cui siano stati utilizzati strumenti di natura fiscale, il Tribunale non è incorso in errore di diritto.

99 Si deve aggiungere che, con la sentenza impugnata, il Tribunale non ha fatto congetture né sull'applicabilità, nella specie, di tale criterio né, come rilevato al punto 183 della sentenza medesima, sull'esito dell'eventuale applicazione del criterio stesso.

100 In particolare, limitandosi a verificare se l'applicabilità del criterio dell'investitore privato potesse essere esclusa unicamente in base alla natura fiscale dei mezzi utilizzati dallo Stato francese, il Tribunale non ha minimamente effettuato un'analisi che si risolverebbe nell'autorizzare gli Stati membri a prendere in considerazione, nell'applicazione di tale criterio, i benefici e gli obblighi connessi alla loro qualità di potere pubblico ovvero elementi di carattere soggettivo e soggetti a manipolazione.

101 Quanto alla questione se, nella specie, fosse necessario definire un investitore di riferimento, si deve rilevare che la giurisprudenza invocata a tal riguardo dalla Commissione, dall'Autorità di vigilanza EFTA e dalla Iberdrola riguarda l'assenza di qualsiasi possibilità di porre a raffronto la situazione di un'impresa pubblica con quella di un'impresa privata non operante in un settore riservato (v., in tal senso, sentenza 3 luglio 2003, Chronopost e a./Ufex e a., C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, Racc. pag. I-6993, punto 38).

102 Orbene, la Commissione, l'Autorità di vigilanza EFTA e la Iberdrola non sostengono l'impossibilità di porre a raffronto la situazione dell'EDF con quella di un'impresa privata operante in settori di attività identici a quelli dell'EDF. Inoltre, dalla medesima giurisprudenza emerge che, ai fini di tale raffronto, occorre procedere ad una valutazione con riferimenti agli elementi oggettivi e verificabili a disposizione.

103 Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione e dall'Autorità di vigilanza EFTA, il criterio dell'investitore privato non costituisce un'eccezione applicabile unicamente su richiesta di uno Stato membro qualora ricorrano gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, di cui all'articolo 87, paragrafo 1, CE. Infatti, come rilevato supra al punto 78, tale criterio, laddove applicabile, figura tra gli elementi che la Commissione deve prendere in considerazione al fine di accertare l'esistenza di un siffatto aiuto.

104 Conseguentemente, qualora risulti applicabile il criterio dell'investitore privato, spetta alla Commissione chiedere allo Stato membro interessato di fornirle tutte le informazioni pertinenti che le consentano di verificare se le condizioni di applicabilità e di applicazione del criterio medesimo siano soddisfatte, ed essa non può rifiutarsi di esaminare tali informazioni se non nel caso in cui gli elementi di prova prodotti siano stati forniti successivamente all'adozione della decisione di effettuare l'investimento in questione.

105 Infatti, come già rilevato supra ai punti 83-85, ai fini dell'applicazione del criterio dell'investitore privato sono unicamente pertinenti gli elementi disponibili e le evoluzioni prevedibili al momento dell'adozione della decisione di procedere all'investimento. Ciò vale, in particolare, nel caso in cui, come nella specie, la Commissione esamini l'esistenza di un aiuto Stato rispetto ad un investimento non notificato e già operato dallo Stato membro interessato nel momento in cui essa procede al suo esame.

106 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il secondo motivo dev'essere respinto.

*Sul primo motivo, attinente ad uno snaturamento dei fatti*

107 La Commissione ritiene, sostanzialmente, che il Tribunale abbia snaturato elementi di prova laddove ha considerato che, con la misura controversa, la Repubblica francese ha proceduto alla conversione di un credito fiscale in capitale. Infatti, secondo la Commissione, con tale misura la Repubblica francese ha concesso all'EDF un'esenzione dall'imposta sulle società. Orbene, la Commissione fa valere che, in presenza di un'esenzione fiscale, il criterio dell'investitore privato non è pertinente.

108 Tuttavia, è stato già rilevato nell'ambito dell'esame del secondo motivo che, qualora uno Stato membro conceda un beneficio economico ad un'impresa ad esso appartenente, la natura fiscale del modus procedendi impiegato ai fini della concessione di tale vantaggio non è idonea ad escludere, ipso facto, l'applicabilità del criterio dell'investitore privato. Ne consegue, a fortiori, che il modus procedendi prescelto dallo Stato membro interessato risulta privo di pertinenza ai fini della valutazione dell'applicabilità del criterio medesimo.

109 Ciò premesso, il preteso snaturamento dei fatti compiuto dal Tribunale, anche ammesso che risulti provato, non sarebbe, in ogni caso, idoneo a pregiudicare la fondatezza della sentenza impugnata. Ne consegue che il primo motivo dev'essere respinto in quanto inoperante.

110 Da tutte le suesposte considerazioni emerge che l'impugnazione dev'essere respinta.

### **Sulle spese**

111 Ai sensi dell'articolo 69, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dell'articolo 118 del regolamento medesimo, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché l'EDF ne ha fatto domanda, la Commissione, essendo rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

112 A termini dell'articolo 69, paragrafo 4, primo comma, del medesimo regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione in forza del menzionato articolo 118, la Repubblica francese supporterà le proprie spese.

113 Ai sensi dell'articolo 69, paragrafo 4, secondo comma, del medesimo regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione, in forza del menzionato articolo 118, l'Autorità di vigilanza EFTA supporterà le proprie spese.

114 L'articolo 69, paragrafo 4, terzo comma, del medesimo regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dello stesso articolo 118, prevede che la Corte possa decidere che l'interveniente sopporti le proprie spese. Tale disposizione dev'essere applicata con riguardo alla Iberdrola.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

**1) L'impugnazione è respinta.**

**2) La Commissione europea è condannata alle spese.**

**3) L'Autorità di vigilanza EFTA, la Repubblica francese e la Iberdrola SA sopportano le proprie spese.**

Firme

\* Lingua processuale: il francese.

## **AIUTI DI STATO E APPLICABILITÀ DEL CRITERIO DELL'INVESTITORE PRIVATO (1) (2)**

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. *I fatti.* - 1.1. *Il procedimento amministrativo e la decisione controversa.* – 2. *L'indirizzo giurisprudenziale sugli Aiuti di Stato ed il criterio dell'investitore privato sino alla sentenza del Tribunale.* – 3. *Il giudizio del Tribunale.* – 3.1. *L'impugnazione della sentenza del Tribunale.* – 3.2. *Le conclusioni dell'avvocato generale Mazák.* – 4. *Il giudizio della Corte di Giustizia.* – *Conclusioni.*

La sentenza in commento ha sostanzialmente ad oggetto l'applicabilità del criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato nel caso in cui uno Stato membro, nel concedere un beneficio ad una propria impresa, ricorra ad atti rientranti nella sua qualità di pubblica autorità. La normativa di riferimento è quella concernente gli aiuti di Stato. Invero, un intervento statale non può essere qualificato come un "aiuto", vietato e sanzionato dal diritto dell'Unione, qualora si dimostri che l'impresa avrebbe potuto reperire egualmente tali risorse anche sul mercato dei capitali, ovvero un operatore privato, in date condizioni, avrebbe deciso di effettuare lo stesso tipo di investimento. Il criterio dell'investitore privato è volto proprio a verificare detta ipotesi. Fino alla decisione del Tribunale,<sup>4</sup> poi confermata dalla sentenza della Corte di giustizia in esame, l'indirizzo costante della giurisprudenza comunitaria riteneva non applicabile il criterio richiamato qualora lo Stato fosse ricorso a misure rientranti nella sua qualità di pubblica autorità. In applicazione di tale orientamento, la Commissione si rifiutò di applicare al caso di specie il criterio

---

<sup>4</sup> Cfr. sentenza del Tribunale (Terza sezione), 15 dicembre 2009, causa T-156/04, *Électricité de France (EDF) c. Commissione europea*

dell'investitore privato in base ai rilievi che per attuare il presunto investimento lo Stato francese era ricorso ad una legge e ad un'esenzione fiscale, ovvero atti d'imperio non utilizzabili da un normale operatore privato. Il giudizio della Corte di giustizia trova la sua genesi nella decisione della Commissione europea emanata in data 16 dicembre 2003, che comportava in realtà tre aspetti, ovvero 1) la soppressione della garanzia illimitata dello Stato francese di cui beneficiava la EDF; 2) la riforma del sistema pensionistico del settore gas ed elettricità; 3) la richiesta di rimborso dell'aiuto di Stato derivante dalla mancata tassazione di una parte degli accantonamenti contabili per il rinnovo della rete di trasporto dell'elettricità ad alta tensione. La decisione emessa nei confronti della EDF venne ritenuta di fondamentale importanza per il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato in quanto l'allora Commissario europeo Mario Monti<sup>5</sup>, responsabile della concorrenza nella Commissione Prodi,<sup>6</sup> in un commento alla decisione emessa affermò: *“per la prima volta, è stata creata per EDF una situazione concorrenziale senza distorsioni dovute agli aiuti di Stato. La realizzazione di condizioni di concorrenza leale e la correzione delle distorsioni eventualmente avvenute sono importanti soprattutto in settori in via di liberalizzazione, come quello dell'energia, permettendo che tale liberalizzazione produca tutti i suoi effetti positivi. La soppressione della garanzia a EDF si iscrive nella nostra politica volta a creare condizioni di concorrenza eque anche nei mercati in cui coesistono imprese pubbliche e private (...).”*<sup>7</sup> Quanto ai primi due punti richiamati, in data 11 novembre 2003 la Francia notificava alla Commissione la sua intenzione di trasformare la EDF in una società per azioni (*“société anonyme”*) in modo da eliminare ogni garanzia dello Stato nei suoi confronti.<sup>8</sup> All'epoca infatti, l'impresa pubblica non era soggetta al diritto fallimentare, il che equivaleva ad una garanzia illimitata della EDF, in quanto la Repubblica francese copriva tutti gli impegni assunti dalla stessa.<sup>9</sup>

1. La *Électricité de France* (in seguito: la *“EDF”*) produce, trasporta e distribuisce elettricità, principalmente su tutto il territorio francese. La società (costituita con la l. 8 aprile 1946, n. 46-682 che ha nazionalizzato il settore dell'elettricità e del gas in Francia)<sup>10</sup> è stata creata con la forma giuridica di ente pubblico industriale e commerciale. Nel 2002, ovvero nel periodo in cui la Commissione decise di avviare la procedura prevista dall'allora art. 88, n. 2, CE (ora art. 108

---

<sup>5</sup> Unico Commissario a non essere iscritto né ad un partito europeo né ad un partito nazionale.

<sup>6</sup> La Commissione Prodi in carica dal 16 settembre 1999 fino al 31 ottobre 2004 è stata in seguito prorogata fino al 21 novembre dello stesso anno, a causa della mancata approvazione, da parte del Parlamento Europeo, della prima lista di commissari proposta dal successore José Manuel Durão Barroso

<sup>7</sup> Cfr. IP/03/1737, Strasburgo, 16 dicembre 2003.

<sup>8</sup> La Commissione avrebbe potuto però anche accettare il mantenimento di uno status pubblico. L'istituzione infatti non contestava lo status di EPIC (Ente pubblico industriale e commerciale) in quanto tale ma richiedeva la soppressione della garanzia illimitata a favore della EDF che determinava una distorsione della concorrenza.

<sup>9</sup> Come rilevato dal commissario Monti però, *“un'impresa che beneficia di una garanzia illimitata dello Stato ha un rischio di solvibilità quasi nullo e può di conseguenza accendere prestiti a condizioni più favorevoli. Tutte le principali agenzie di rating considerano dunque la garanzia dello Stato come un elemento determinante nella valutazione del rischio d'insolubilità di EDF”* (Cfr. IP/03/1737).

<sup>10</sup> JORF 9 aprile 1946, pag. 2651

TFUE), la società era interamente posseduta dallo Stato francese.<sup>11</sup> In base all'art. 36 della l. n. 46-682 richiamata, veniva stabilito il principio del trasferimento, in suo favore, delle concessioni elettriche nazionalizzate, con l'onere per il concessionario di rispettare i nuovi capitolati standard, la cui istituzione era prevista al successivo art. 37.<sup>12</sup> Nel 1958 le varie concessioni per il trasporto di elettricità vennero unificate in una concessione unica, la "rete di alimentazione generale" (in seguito: la "RAG"). In passato però la RAG si distingueva da altre forme di concessione in quanto 1) non era precisato il regime di proprietà dei beni in concessione; 2) non erano presenti clausole di sistema di retrocessione dei beni dati in concessione; 3) aveva una durata eccezionalmente lunga di 75 anni. Quindi, in assenza di norme contabili specifiche per le concessioni ed in accordo con il Conseil National de la comptabilité<sup>13</sup> (in seguito: il "CNC"), la EDF si era considerata proprietaria della RAG *ab origine*. Di conseguenza, i beni facenti parte della RAG vennero iscritti nell'attivo di bilancio della EDF come beni di sua proprietà, oltretutto essere oggetto di un trattamento contabile di diritto comune. Tali beni sono stati ammortizzati applicando il "metodo del costo storico" che ha portato ad un ammortamento ordinario sull'intera durata della vita delle opere sino al 1986. Nel 1982, il piano contabile generale<sup>14</sup> introdusse delle norme contabili specifiche per le concessioni. La sua applicazione alla EDF aveva portato a modificare, a partire dal 1987, il trattamento contabile sino ad allora applicato alla RAG. Ciò al fine di tener conto dei vincoli specifici a carico dei concessionari<sup>15</sup> sui quali grava l'obbligo, al termine della concessione, di restituire in buono stato di funzionamento i beni concessi, in virtù del principio della "perennità dei servizi pubblici". In attuazione del piano generale, venne creato un piano contabile specifico per la EDF<sup>16</sup> e la RAG

---

<sup>11</sup> Il suo presidente veniva nominato dal Primo ministro francese e la sua politica era stabilita in stretta cooperazione con il Ministero dell'Energia francese.

<sup>12</sup> L'art. 2 del capitolato d'onere, approvato con decreto 28 novembre 1956, n. 56-1225 (JORF 4 dicembre 1956, pag. 11562) indicava nel dettaglio i beni facenti parte della concessione. L'art 8 dello stesso precisava che la EDF è tenuta ad eseguire "a proprie spese tutti i lavori di manutenzione e di rinnovamento necessari a mantenere in buono stato il funzionamento delle opere della concessione." In seguito ad una modifica apportata con il Decreto 23 dicembre 1994 (JORF 28 dicembre 1994, pag. 18564) l'art. 2 del capitolato d'onere stabiliva che "fanno parte della concessione le linee, le sottostazioni ed in generale le opere elettriche esistenti e da costituire necessarie all'esercizio, da parte del concessionario, della sua attività di trasporto e fornitura dell'energia elettrica, escluse le opere di produzione. (...)."

<sup>13</sup> Consiglio nazionale della contabilità francese.

<sup>14</sup> Il piano contabile generale oltre a prevedere l'obbligo per il concessionario di registrare (sotto una voce specifica) all'attivo di bilancio le immobilizzazioni date in concessione, enunciava il principio secondo il quale "il mantenimento al livello imposto dal servizio pubblico del potenziale produttivo degli impianti concessi deve essere ricercato tramite il gioco degli ammortamenti o, eventualmente, quello degli accantonamenti adeguati. Nei limiti in cui il valore utile di un impianto può essere conservato grazie ad una manutenzione conveniente, il detto impianto non costituisce oggetto, sul piano degli oneri di gestione del concessionario, di dotazioni per gli ammortamenti per deprezzamento. Gli accantonamenti utilizzabili per il mantenimento del potenziale produttivo sono accantonamenti per rinnovo".

<sup>15</sup> Ciò in base alle raccomandazioni formulate nel 1975 dal CNC nella sua "Guida delle concessioni". In buona sostanza, tale "Guida" stabiliva di tener conto dei vincoli specifici a cui devono sottostare i concessionari, sui quali grava l'obbligo di restituire i beni concessi in buono stato di funzionamento al termine della concessione, in virtù del "principio di perennità dei servizi pubblici".

<sup>16</sup> Oggetto di un parere conforme del CNC emanato il 19 dicembre 1984 e poi approvato con decreto interministeriale in data 21 dicembre 1986 (JORF 30 dicembre 1986, pag. 15794).

venne iscritta nel suo attivo di bilancio alla voce *“Immobilizzazioni materiali del settore dato in concessione”*.<sup>17</sup> Tra il 1987 ed il 1996, venivano poi effettuati degli accantonamenti specifici a titolo di rinnovo delle immobilizzazioni date in concessione, diretti a consentire al concessionario di restituire al concedente detti beni in perfetto stato al termine della concessione. Le spese di rinnovo effettuate dalla EDF vennero registrate in bilancio alla voce *“Controvalore dei beni dati in concessione”*. Tale voce, parimenti intitolata *“diritti del concedente”* rappresentava un debito della EDF nei confronti dello Stato francese, collegata alla restituzione gratuita dei beni sostituiti al termine della concessione. Nel 1994 però, la Corte dei Conti francese riteneva irregolare lo status patrimoniale della RAG ed il relativo piano contabile<sup>18</sup> e sottolineava la irregolarità dell'alleggerimento fiscale di cui la EDF aveva beneficiato in seguito alla creazione degli accantonamenti per il rinnovo della RAG. Di conseguenza, lo Stato francese provvedeva ad un chiarimento dello *status* patrimoniale della RAG ed alla ristrutturazione del bilancio della EDF. Nella prospettiva dell'apertura del mercato dell'elettricità prevista dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996, 96/92/CE, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica,<sup>19</sup> il contratto d'opera *“Stato-EDF 1997-2000”*, siglato in data 8 aprile 1997, prevedeva una normalizzazione dei conti dell'impresa e dei suoi rapporti finanziari con lo Stato. Veniva così adottata la legge n. 97-1026. Prima dell'adozione di detta legge il bilancio della EDF prevedeva:

- all'attivo, una voce *“Immobilizzazioni materiali del settore dato in concessione”*, per un valore di 285,7 miliardi di franchi francesi (in seguito: *“FRF”*), di cui circa FRF 90 miliardi a titolo della RAG;
- al passivo: una voce *“Accantonamenti”*, di cui circa FRF 38,5 miliardi a titolo della RAG, ed una voce *“Controvalore dei beni dati in concessione”*, in cui erano registrate le spese di rinnovo effettuate, pari a FRF 145,2 miliardi, di cui FRF 18,3 miliardi a titolo della RAG.

In seguito alla ristrutturazione del bilancio della EDF ed in applicazione dell'art. 4 della l. 97-1026, la situazione contabile si presentava invece nei seguenti termini:

---

<sup>17</sup> Alcuni accantonamenti specifici a titolo di rinnovo delle immobilizzazioni, diretti a permettere al concessionario di restituire al concedente i suddetti beni in perfetto stato al termine della concessione, sono poi stati aggiunti all'ammortamento ordinario derivante dall'applicazione del *“metodo del costo storico”*.

<sup>18</sup> Nel 1994, in una relazione della Corte dei Conti francese veniva considerato che *“I principi derogatori di diritto comune trovano il loro fondamento nell'esistenza di un vero e proprio termine al contratto di concessione che da solo permette di distinguere tra immobilizzazioni rinnovabili e immobilizzazioni non rinnovabili. La presa in considerazione del suddetto termine costituisce la ragion d'essere del sistema contabile. Essa condiziona la possibilità di restituire la immobilizzazioni del settore dato in concessione all'autorità pubblica che le ha concesse e giustifica l'esistenza dei diritti del concedente al passivo del bilancio. Essa costituisce la base dell'esistenza e della deducibilità dell'accantonamento per rinnovo, che permette di accertare l'onere che costituisce per il concessionario la restituzione al concedente dell'ultima immobilizzazione non rinnovabile. In presenza di un ente pubblico concessionario permanente dello Stato in forza della legge stessa di nazionalizzazione, non resta che interrogarsi sulla realtà della distinzione operata nei conti tra patrimonio della concessione e patrimonio del concessionario e sottolineare che la mancanza di un termine per la concessione non autorizza l'applicazione delle raccomandazioni della guida contabile delle imprese concessionarie.”*

<sup>19</sup> GUCE 1997, L 27, pag. 20



- in primo luogo, i beni costitutivi della RAG sono stati riclassificati per un valore di FRF 90,325 miliardi, come *“beni propri”*, perdendo così la qualifica di *“beni dati in concessione”*
- in secondo luogo, gli accantonamenti per il rinnovo della RAG non utilizzati per un valore di FRF 38,521 miliardi sono stati contabilizzati come utili non distribuiti senza transitare per il conto profitti e perdite e sono stati riclassificati per un valore di FRF 20,225 miliardi nel riporto a nuovo delle perdite, conto che è stato in tal modo estinto, mentre il saldo di FRF 18,296 miliardi è stato destinato alle riserve. Pur non essendo transitate per il conto economico queste riclassificazioni hanno dato luogo all'accertamento di un prodotto imponibile tassato all'aliquota del 41,66% in applicazione dell'art. 38, n. 2 del code général des impôts francese.
- in terzo luogo, i *“diritti del concedente”* sono stati destinati direttamente alla voce *“dotazioni di capitale”* per un importo di FRF 14,119 miliardi (su un totale di FRF 18,345 miliardi) senza transitare per il conto economico, mentre il saldo era iscritto in diversi conti di rivalutazione.<sup>20</sup>

1.1. Con le lettere del 10 luglio e del 27 novembre del 2001 la Commissione invitava le autorità francesi a fornirle informazioni in merito ad alcune misure adottate in favore della EDF idonee a poter configurare un aiuto di Stato. Le autorità rispondevano alle richieste<sup>21</sup> e con la lettera del 9 aprile 2002 fornivano ulteriori precisazioni, contenute in una nota della Direzione generale delle imposte del Ministero dell'Economia, delle Finanze e dell'Industria (in seguito: la *“Direzione generale delle imposte”*).<sup>22</sup> In detta nota le autorità francesi da una parte riconoscevano che i diritti del concedente relativi alla RAG rappresentavano un indebitto, che l'incorporazione nel capitale aveva sottratto in maniera ingiustificata alla loro tassazione, comportando un vantaggio fiscale per la EDF quantificabile in 5,88 miliardi di FRF (14,119×41,66%). Dall'altro tenevano però a precisare che, in applicazione dell'art. 38, n. 2 del code général des impôts francese, la regolarizzazione realizzata per imputazione diretta nel conto *“riporto a nuovo”* senza transitare per il conto economico aveva dato luogo all'accertamento di un prodotto imponibile di FRF 38,5 miliardi (EUR 5,869 miliardi) e quindi, da una considerazione complessiva delle operazioni, non poteva essere evidenziato un vantaggio ingiustificato per la EDF, idoneo a rafforzare

<sup>20</sup> Questa ristrutturazione dello stato patrimoniale della EDF viene spiegata nell'allegato I della lettera del Ministro dell'Economia, delle Finanze e dell'industria, del segretario di Stato al Bilancio e del segretario di Stato all'industria francese, inviata alla EDF il 22 dicembre 1997.

<sup>21</sup> Con le lettere del 12 ottobre 2001 e del 21 febbraio 2002.

<sup>22</sup> In detta nota la Direzione generale delle imposte spiegava che *“l'argomento secondo cui l'aggiustamento contabile e fiscale degli accantonamenti per rinnovo della RAG operato nel 1997 avrebbe permesso di consolidare un vantaggio fiscale ingiustificato non può essere accolto. Al riguardo, bisogna distinguere l'aggiustamento degli accantonamenti per rinnovo utilizzati che figuravano, secondo le informazioni della EDF, alla voce “diritti del concessore” per un importo pari a 14,119 miliardi di FRF e non a 18,345 miliardi di FRF, da quello degli accantonamenti non ancora utilizzati per un valore di 38,5 miliardi di FRF”*. Infatti, le autorità francesi da un lato, confermano che *“i diritti del concessore relativi alla RAG rappresentano un debito illegittimo che l'incorporazione del capitale ha sottratto all'imposta in maniera indebita”*. Poiché in seguito la RAG è stata qualificata tra i beni propri della EDF, quest'ultima non aveva nei confronti dello Stato francese alcun debito di restituzione di tali beni e quindi gli importi figuranti alla voce *“diritti del concessore”* costituiscono non un passivo vero e proprio ma bensì una riserva non esente da imposte. Quindi, tale riserva, prima della sua incorporazione nel capitale, avrebbe dovuto essere trasferita dal passivo dell'ente, in cui figurava erroneamente, ad un conto patrimoniale netto, comportando in tal modo una variazione positiva dell'attivo netto imponibile, in applicazione dell'art. 38 del code general des impôts francese.

indebitamente la sua posizione concorrenziale.<sup>23</sup> La Commissione richiedeva ulteriori informazioni<sup>24</sup> ed in seguito alle risposte ottenute<sup>25</sup> seguì una riunione tra le parti<sup>26</sup>. In data 16 novembre 2002 l'istituzione europea notificava alle autorità francesi tre decisioni congiunte riguardanti la EDF ove da un lato, l'istituzione proponeva la soppressione ai sensi dell'art. 88, n. 1, CE, quale misura opportuna, della garanzia illimitata dello Stato di cui beneficiava la EDF su tutti gli impegni assunti dalla stessa in virtù della sua forma giuridica di ente pubblico industriale e commerciale.<sup>27</sup> Dall'altro, ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE, la Commissione avviava un procedimento di indagine formale sul vantaggio derivante alla EDF dal mancato versamento dell'imposta sulle società dovuta su una parte degli accantonamenti contabili creati in esenzione d'imposta per il rinnovo della RAG (in seguito: la "decisione d'avvio"). La Commissione richiedeva quindi ulteriori informazioni necessarie ai fini della valutazione di detto beneficio fiscale. In seguito alle risposte comunicate<sup>28</sup> ed alle riunioni seguite tra le parti<sup>29</sup> le autorità francesi trasmettevano delle informazioni complementari.<sup>30</sup> Con la lettera del 9 dicembre 2002 infine, le autorità francesi, chiarivano che *"la riforma contabile del 1997 può essere considerata quale conferimento di capitale complementare, di importo equivalente all'esenzione parziale dall'imposta, il cui scopo è parimenti consistito nel correggere una sottocapitalizzazione"*. Secondo le autorità infatti, i diritti del concedente "RAG" erano già stati considerati prima del 1997, quali "quasi fondi propri" in considerazione della particolare situazione risultante dal doppio status dello Stato nei confronti della EDF,<sup>31</sup> ovvero autorità concedente da un lato e proprietaria dall'altro. Tanto premesso, era quindi implicito che i diritti del concedente non costituissero un debito realmente esigibile. Quindi, in occasione della ristrutturazione del bilancio effettuata nel 1997, lo Stato e la EDF avevano inteso imputare "i quasi fondi propri" a capitale, ad esclusione della riscossione dell'imposta sulle società ed in tale prospettiva era stato ritenuto più efficace e neutro per i poteri pubblici imputare direttamente i "diritti del concedente" in fondi propri in ragione del loro importo complessivo, piuttosto che effettuare l'operazione di natura equivalente secondo lo "schema lungo" che sarebbe consistita: 1)

---

<sup>23</sup> Ciò in quanto anche se il trasferimento al capitale degli accantonamenti per rinnovo già utilizzati e figuranti alla voce "diritti del concessionario" non è transitato per il conto economico, tale vantaggio è stato ampiamente compensato, nello stesso anno, tramite la reintegrazione degli accantonamenti per rinnovo non utilizzati.

<sup>24</sup> Con lettera del 6 maggio 2002

<sup>25</sup> Con lettera del 28 maggio 2002

<sup>26</sup> Riunione del 3 settembre 2002

<sup>27</sup> All'epoca infatti, la EDF non era soggetta al diritto fallimentare, il che equivaleva ad una garanzia illimitata dello Stato sia nel suo importo che nella sua durata, che copriva gli impegni dell'impresa. Come rilevato dal commissario Monti infatti, *"un'impresa che beneficia di una garanzia illimitata dello Stato ha un rischio di solvibilità quasi nullo e può di conseguenza accendere prestiti a condizioni più favorevoli. Tutte le principali agenzie di rating considerano dunque la garanzia dello Stato come un elemento determinante nella valutazione del rischio d'insolubilità di EDF"* (cfr. IP/03/1737 di cui sopra)

<sup>28</sup> Lettera 11 dicembre 2002 con cui le autorità francesi comunicavano le proprie osservazioni alla Commissione, negando che la EDF avesse beneficiato nel 1997 di un vantaggio fiscale; lettera del 12 giugno 2003 con cui le autorità francesi hanno trasmesso alla Commissione le proprie osservazioni nell'ambito del procedimento di indagine formale.

<sup>29</sup> Riunione tecnica del 12 febbraio 2003 cui hanno partecipato la Commissione e le autorità francesi, in merito al vantaggio fiscale di cui EDF avrebbe beneficiato nel 1997; nuova riunione tecnica vertente sullo stesso oggetto del 17 novembre 2003.

<sup>30</sup> Con la lettera del 20 novembre 2003

<sup>31</sup> Vedi dichiarazione della Corte dei Conti francese di cui sopra.

nell'imputare a capitale un importo al netto dell'imposta sulle società; 2) chiedere il versamento da parte della EDF dell'imposta sulle società corrispondente alla variazione di attivo netto; 3) procedere ad un conferimento complementare di capitale di importo equivalente all'imposta assolta. Tale conferimento complementare risultava peraltro giustificato dalle prospettive di redditività offerte dalla EDF nel 1997 ed in circostanze analoghe un investitore privato in economia di mercato avrebbe proceduto ad un conferimento di capitale di tal genere.<sup>32</sup> Non ritenendo di accettare le argomentazioni dello Stato francese, in data 16 dicembre 2003 la Commissione confermava la propria posizione, emanando la decisione<sup>33</sup> (in seguito: "la decisione impugnata") con la quale qualificava come un aiuto di Stato l'esenzione fiscale concessa a favore della EDF sulla base delle seguenti considerazioni.<sup>34</sup>

In primo luogo, la stessa lettera del Ministro dell'Economia francese, che illustrava le conseguenze fiscali della riclassificazione del bilancio della EDF, dimostrava che gli accantonamenti per il rinnovo della RAG non utilizzati erano stati assoggettati dalle autorità francesi all'imposta sulle società all'aliquota del 41,66% in vigore nel 1997 mentre, in base all'art. 4 della l. 97-1026, una parte di detti accantonamenti (ovvero i "diritti del concedente" corrispondenti alle attività di rinnovo già realizzate) era stata riclassificata nei conti patrimoniali per una cifra di 14,119 miliardi di FRF senza esser stata assoggettata all'imposta sulle società. In una nota della direzione generale delle imposte del 9 aprile 2002 indirizzata alla Commissione, le autorità francesi avevano quantificato che il vantaggio in termini fiscali in tal modo ottenuto dalla EDF nel 1997 poteva essere valutato nell'ordine di 5,88 miliardi di FRF (14,119×41,66%), pari a 888,89 milioni di EUR. La Commissione aveva quindi ritenuto che i "diritti del concedente" avrebbero dovuto essere contemporaneamente assoggettati alla stessa aliquota prevista per gli altri accantonamenti contabili creati in esenzione d'imposta,<sup>35</sup> non esistendo alcuna ragione obiettiva per non aver assoggettato l'altra parte degli accantonamenti creati in esenzione di imposta alla stessa aliquota. In secondo luogo, il principio che regola l'investimento privato poteva valere solo nell'ambito dell'esercizio di attività economiche e non nel quadro dell'esercizio di poteri di regolamentazione. Secondo l'istituzione: *"Un potere pubblico non può far leva sugli eventuali benefici economici che potrebbe trarre come proprietaria di un'impresa per giustificare un aiuto concesso in maniera discrezionale grazie alle prerogative di cui dispone in quanto autorità fiscale nei confronti della medesima impresa."* Infatti, se uno Stato membro ha

---

<sup>32</sup> Come affermato dalle autorità francesi, il riquadrimento contabile degli accantonamenti per il rinnovo della RAG è stato parimenti effettuato al fine di ristabilire una struttura di bilancio più conforme alle imprese di analoghi settori industriali.

<sup>33</sup> Cfr. C 68/2002, N 504/2003 e C 25/2003.

<sup>34</sup> L'art. 3 della decisione impugnata recita: *"il mancato pagamento da parte di EDF nel 1997 dell'imposta sulle società sulla quota degli accantonamenti creati in esenzione di imposta per il rinnovo della RAG, pari a 14,119 miliardi di FRF di diritti del concedente, riclassificati nei conti patrimoniali, costituisce un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune. L'elemento di aiuto connesso al mancato pagamento dell'imposta sulle società ammonta ad 888,89 milioni di Euro."* Ai sensi dell'art. 4 della stessa *"la Francia adotta tutti i provvedimenti necessari per recuperare da EDF l'aiuto di cui all'art. 3, già messo illegalmente a sua disposizione (...)."*

<sup>35</sup> Invero, i 14,119 miliardi di FRF dei "diritti del concedente" avrebbero dovuti essere sommati ai 38,5 miliardi di FRF di accantonamenti non utilizzati ed assoggettati entrambi all'aliquota del 41,66% applicata alla riclassificazione del bilancio della EDF da parte delle autorità francesi.

facoltà di agire come azionista oltre ad avere l'esercizio della pubblica amministrazione, non può confondere i due ruoli, contrariamente "non vi sarebbe infatti parità di trattamento fra le imprese pubbliche e quelle private se lo Stato utilizzasse a vantaggio delle imprese di cui è azionista le proprie prerogative di pubblica amministrazione." In buona sostanza quindi, la Commissione respinse l'applicabilità al caso di specie del criterio dell'investitore privato, in base ai rilievi che lo Stato francese era ricorso ad una legge e a strumenti di natura fiscale per effettuare il suo investimento nei confronti della EDF, ovvero strumenti non a disposizione di un normale investitore privato. Lo Stato avrebbe agito pertanto mediante atti *iure imperii*, che escludevano *ipso facto* l'applicazione di tale criterio. A fronte degli interessi calcolati in applicazione dell'art. 4 della decisione controversa, l'importo complessivo di cui è stata chiesta la restituzione alla EDF nei confronti dello Stato ammontava ad EUR 1,217 miliardi, somma che nel mentre la EDF aveva rimborsato allo Stato francese.

2. L'art. 107 TFUE (ex art. 87 TCE) stabilisce che "salvo deroghe contemplate dai Trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza." La definizione volutamente ampia e generica della nozione di "aiuti di Stato"<sup>36</sup> ha consentito e consente di far rientrare in tale nozione non solo le ipotesi di sovvenzione diretta ma anche altre modalità di agevolazioni concesse, anche in modo indiretto, dagli Stati membri. L'orientamento della Corte di Giustizia, consolidatosi nel tempo, è stato quindi costante nel ritenere rientranti nella nozione di "aiuto" non solo le sovvenzioni in senso stretto, ma tutte le misure che ne hanno in sostanza la stessa natura e che ne producono gli stessi effetti.<sup>37</sup> De plano, ne consegue che la forma giuridica della misura di intervento pubblico a sostegno di una data impresa è del tutto indifferente ai fini dell'applicabilità della normativa in materia di aiuti di Stato.<sup>38</sup> Tuttavia, secondo l'indirizzo costante della Corte di giustizia, a prescindere dal *nomen iuris* della misura adottata, affinché la stessa possa realmente configurarsi come un aiuto di Stato risulta necessario che vengano soddisfatti specifici requisiti cumulativi, espressamente previsti dal testo dell'art. 107 TFUE. Invero, la misura deve 1) avere origine pubblica; 2) determinare un vantaggio per il destinatario; 3) avere carattere selettivo; 4) falsare o minacciare di falsare la concorrenza nel mercato interno dell'Unione.<sup>39</sup> Tra dette condizioni, fondamentale importanza riveste la circostanza che la misura adottata produca un vantaggio effettivo nei confronti del suo destinatario. Tale verifica comporta un'analisi delicata,

---

<sup>36</sup> Una precisa elencazione delle misure rientranti nella fattispecie infatti, stante peraltro il rango primario della fonte, si sarebbe rivelato oltretutto estremamente difficile, anche inopportuno in quanto avrebbe potuto agevolare nel tempo gli Stati membri ad elaborare tipologie diverse di agevolazioni, eludendo a tal fine la norma. Sul punto, M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, p. 129

<sup>37</sup> In tal senso, Corte giust. 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, Racc. p. I-877; 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Belgio c. Commissione*, Racc. p. I-3671; 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, Racc. p. I-3735; 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferrino*, Racc. p. I-9067

<sup>38</sup> In tal senso, Corte giust. 2 febbraio 1988, cause riunite 67/85, 68/85, 70/85, *Van der Kooy e a. c. Commissione*, Racc. p. 219.

<sup>39</sup> In tal senso, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, punti 74 e 75; Corte giust. 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, Racc. p. I-5243, punto 31.

volta a rilevare il ricorrere di due presupposti. In primo luogo, è infatti necessario accertare che il destinatario della misura sia un'impresa od un'entità che eserciti un'attività economicamente rilevante,<sup>40</sup> a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. In secondo luogo, è necessario anzitutto valutare se il beneficiario della misura adottata si trovi in una situazione economica, finanziaria o commerciale più vantaggiosa rispetto a quella che deteneva in precedenza o se, al contrario, la misura ricevuta non ne abbia modificato la sua posizione rispetto a quella dei suoi concorrenti.<sup>41</sup> Infine, occorre dimostrare che l'impresa beneficiaria, per il tramite dell'intervento dello Stato, abbia ricevuto un vantaggio che non avrebbe mai conseguito nelle normali condizioni di mercato, ovvero facendo ricorso direttamente al mercato dei capitali anziché all'aiuto ricevuto dallo Stato. Proprio a tal scopo la Corte di giustizia, dalla metà degli anni ottanta, ha elaborato un particolare test, denominato "*dell'investitore privato in economia di mercato*"<sup>42</sup> che consente di dimostrare la sussistenza di un vantaggio, laddove ad aver beneficiato di misure economiche di incentivazione o di sostegno sia proprio un'impresa pubblica.<sup>43</sup> Nella prassi, Tale criterio è stato poi impiegato anche ad altre ipotesi, prendendo in analisi ulteriori tipi di interventi rivolti nei confronti di imprese anche a capitale pubblico. È in tale contesto che la giurisprudenza comunitaria ha quindi sviluppato gli ulteriori criteri del "*creditore privato*" o del "*venditore privato*"<sup>44</sup> per analizzare ad esempio ipotesi di concessione di prestiti, così come le operazioni di privatizzazione.<sup>45</sup> La *ratio* ispiratrice di tale strumento elaborato dalla Corte di giustizia era quella di garantire il principio della parità di trattamento tra le imprese pubbliche e le imprese private. Nel caso di conferimenti erogati sotto forma di prestiti o di partecipazioni al capitale dell'impresa, occorre valutare se in circostanze analoghe, un socio privato, basandosi sulle possibilità di reddito prevedibile al momento del conferimento, avrebbe effettuato un conferimento di capitale di tale portata, ad esclusione di qualsiasi considerazione di carattere sociale, di politica regionale o settoriale. In conclusione quindi, la Corte è stata costante nel non poter considerare come un "aiuto di Stato" determinate misure concesse dagli Stati membri a determinate imprese qualora i capitali messi a disposizione, direttamente od indirettamente, potevano essere ottenuti alle normali condizioni di un'economia di mercato, ovvero l'impresa avrebbe potuto egualmente reperirli

---

<sup>40</sup> Secondo la giurisprudenza costante della Corte, la mancanza di scopo di lucro, il perseguimento di una finalità sociale, la presenza di elementi di solidarietà, di restrizioni o controlli sugli investimenti non impediscono di considerare l'attività svolta come un'attività economica. Sul punto, M. EBNER, E. GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, 2006, p. 25.

<sup>41</sup> C. SMITS, *La notion d'avantage et le critère de "l'opérateur en économie en marché"*, in M. DONY, C. SMITS (a cura di), *Aides d'État*, Bruxelles, 2005, p. 53.

<sup>42</sup> Il principio dell'"investitore privato" trae origine dalla nozione comunitaria di "aiuto di Stato", Cfr. C. Pinotti, *Interessi pubblici e privati nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli* (atti del XLV Convegno di Studi sull'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 16-18 settembre 1999), Milano, Giuffrè, 2000, p. 117 ss.; G.M. Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 1997, p. 90 ss.; Cfr. Commissione delle Comunità europee, *XXX Relazione sulla politica di concorrenza* (2000), 78.

<sup>43</sup> Il parametro dell'"Investitore privato" è venuto ad assumere natura di principio giuridico per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tal senso si cfr. C. Malinconico, *Aiuti di Stato*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti - G. Greco, Milano, Giuffrè, 1997, p.455.

<sup>44</sup> Sul punto, B. Slocock, *The market economy investor principle*, in *Competition policy newsletter*, n. 2/2002, p.23

<sup>45</sup> Sul punto, C. SMITS, *op. cit.*, pp. 66-74.

facendo ricorso ai mercati.<sup>46</sup> La Commissione ha condiviso sin da subito l'indirizzo della Corte di giustizia, cristallizzando il criterio in un'apposita comunicazione, adottata il 13 novembre 1993, relativa agli interventi statali in favore delle imprese pubbliche del settore manifatturiero.<sup>47</sup> In tale strumento di *soft law*, la Commissione precisava che il Trattato era neutrale rispetto alla scelta che uno Stato poteva effettuare tra proprietà pubblica e privata e non pregiudicava quindi il diritto degli Stati membri di avere un'economia mista, chiarendo che per assicurare il rispetto della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, «*l'aiuto deve essere valutato come corrispondente alla differenza fra le condizioni alle quali lo Stato ha assegnato i fondi all'impresa pubblica e le condizioni alle quali un investitore privato, operante secondo la logica di un investitore in condizioni normali di economia di mercato, avrebbe accettato di finanziare un'impresa privata*». Nel tempo però, tale strumento è stato oggetto di ulteriori approfondimenti e specificazioni da parte della stessa Corte. Ai fini dell'applicabilità del criterio infatti, la giurisprudenza comunitaria ha successivamente distinto due situazioni differenti, ovvero quelle in cui l'intervento dello Stato presenta carattere economico da quelle in cui lo stesso costituisce invece un atto d'imperio (distinzione tra i c.d. *acta iure gestionis* e *acta iure imperii*).<sup>48</sup> Secondo tale impostazione, solo nel primo caso il vantaggio ottenuto deve essere dimostrato dalla Commissione applicando il criterio dell'investitore privato. Nel secondo caso invece, il vantaggio per l'impresa è da rinvenire *in re ipsa* nell'uso dei poteri che lo Stato ha esercitato in qualità di pubblica amministrazione. In altri termini, risulta necessario distinguere gli obblighi che lo Stato deve assumere quale proprietario azionista da quelli che possono incombergli come autorità pubblica.<sup>49</sup> In modo ancora più chiaro, nella causa *Altmark* lo stesso avvocato generale Léger aveva rilevato che la Corte applica il criterio dell'operatore privato solo nelle situazioni in cui l'intervento dello Stato presenta carattere economico. Tale criterio si rivela quindi pertinente solo nel caso in cui tale misura potrebbe essere realizzata, almeno in linea di principio, anche da un operatore privato a scopo di lucro (un creditore, un investitore, una banca, un fideiussore od un'impresa). Laddove invece l'intervento dello Stato non può essere astrattamente realizzato da un soggetto privato, come nell'ambito della politica fiscale o sociale, il criterio in questione non è applicabile, in quanto non può esistere, per definizione, una disparità di trattamento tra il settore pubblico e quello privato. Dello stesso orientamento sembra essere anche il Tribunale nella sentenza *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*,<sup>50</sup> confermato nella recente pronuncia *Ryanair*. In quest'ultima pronuncia, è stato ancora affermato che «*mentre risulta necessario, nel caso in cui lo Stato agisca in qualità di impresa che opera come investitore privato, valutare il suo comportamento alla luce del principio dell'investitore privato*

---

<sup>46</sup> Corte giust. 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia c. Commissione*, Racc. p. I-1603, punto 20; 3 ottobre 1991, causa C-261/89, *Italia c. Commissione*, Racc. p. I-4437, punto 15.

<sup>47</sup> GUCE 93/C 307/03.

<sup>48</sup> In tal senso, Corte giust. 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, Racc. p. I-4103, punto 22; nonché le conclusioni dell'avvocato generale Léger presentate il 14 gennaio 2003, nella causa C-280/00, *Altmark*, Racc. p. I-7747, punto 20.

<sup>49</sup> Sul punto Corte giust. 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, Racc. p. I-4103, punto 46; Sentenza 28 gennaio 2003, causa C-334/99, *Germania c. Commissione*, Racc. p. I-1139, punti 133 e 134.

<sup>50</sup> Sentenza 6 marzo 2003, cause riunite T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, Racc. p. II-435

*operante in un'economia di mercato, l'applicazione di detto principio deve essere invece esclusa nell'ipotesi in cui esso agisca in quanto pubblico potere. Infatti, in quest'ultima ipotesi, il comportamento dello Stato non può mai essere paragonato a quello di un operatore o di un investitore privato operante in un'economia di mercato».*<sup>51</sup> Nello specifico, dalla giurisprudenza della Corte sembrerebbe rientrare in tale ipotesi il caso in cui l'autorità pubblica conceda una sovvenzione diretta ad un'impresa ovvero un investimento che un operatore privato non avrebbe mai effettuato od il caso in cui lo Stato accordi alla stessa una esenzione fiscale.<sup>52</sup> Da tali considerazioni quindi risulterebbe corretto il ragionamento effettuato dalla Commissione a sostegno della decisione emessa nei confronti della EDF, che avrebbe giustamente escluso l'applicabilità del criterio dell'investitore privato in quanto lo Stato francese avrebbe agito, effettuando l'esenzione fiscale con l'art. 4 della l. 97-1026, in qualità di autorità pubblica e non come un operatore economico.

3. La EDF, con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale in data 27 aprile 2004, propose il ricorso diretto all'annullamento degli artt. 3 e 4 della decisione controversa con i quali si qualificava come un aiuto il beneficio fiscale ottenuto dallo Stato e se ne ordinava il recupero. La Repubblica francese venne ammessa ad intervenire nel ricorso in suo sostegno.<sup>53</sup> La Iberdrola SA (in seguito la: "Iberdrola") veniva ammessa a presentare delle osservazioni a sostegno della Commissione nel corso della fase orale del procedimento.<sup>54</sup> A sostegno delle proprie ragioni la EDF deduceva 3 motivi in via principale e due motivi in via subordinata.<sup>55</sup> Il Tribunale tuttavia limitava

---

<sup>51</sup> Sentenza 17 dicembre 2008, causa T-196/04, Racc. p. II-3643

<sup>52</sup> Corte giust. 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, Racc. p. I-877, punto 14; 19 maggio 1999, causa C-6/97, *Italia c. Commissione*, Racc. p. I-2981, punto 16, e 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania/Commissione*, Racc. p. I-6857, punti 25-28.

<sup>53</sup> Con atto depositato in cancelleria il 17 agosto 2004, la Repubblica francese venne ammessa ad intervenire nella causa con l'ordinanza del 20 settembre 2004, emessa dal presidente della terza sezione del Tribunale.

<sup>54</sup> La Iberdrola infatti, con atto registrato presso la cancelleria del Tribunale in data 3 marzo 2008 chiese di intervenire a sostegno della Commissione ma poiché la domanda di intervento era stata presentata successivamente alla scadenza del termine di sei settimane, di cui all'art. 115, par. 1, del regolamento di procedura del Tribunale, è stata ammessa soltanto a presentare osservazioni nel corso della fase orale, con ordinanza del 5 giugno 2008.

<sup>55</sup> A sostegno della propria difesa, la EDF deduce 3 motivi principali e due in subordine. Tra i motivi principali la EDF deduce 1) che la Commissione ha violato le disposizioni dell'art. 20 del regolamento n. 659/1999 in quanto non le ha consentito di presentare osservazioni utili in merito al capovolgimento di analisi intervenuto tra la decisione di avvio e la decisione impugnata; 2) che la Commissione è incorsa in numerosi errori di diritto nell'interpretazione della nozione di aiuti di Stato e che la decisione impugnata presenta numerose lacune in termini di motivazione. Ciò in quanto I) la sottocompensazione dei costi di servizio pubblico sostenuti da EDF accresciuti in modo notevole dal 1997 annullerebbe qualsiasi ipotetico vantaggio di cui la stessa abbia potuto beneficiare; II) le misure in questione avrebbero dovute essere qualificate come dotazioni di capitale ed essere analizzate in un contesto complessivo di chiarimento tra i rapporti finanziari tra lo Stato ed EDF. In tale prospettiva, lo Stato avrebbe quindi agito come un investitore privato in economia di mercato. III) Infine, le misure in parola non avrebbero pregiudicato il commercio tra gli stati membri; 3) La Commissione ha violato l'obbligo di motivazione non motivando la sua decisione di respingere l'argomento che qualificava le misure di cui trattasi come operazione di ricapitalizzazione, ed avrebbe mal interpretato alcuni aspetti fiscali dell'operazione attuata nel 1997. In subordine la EDF fa valere altri due motivi 1) anche supponendo che tali misure possano essere qualificate quali aiuti, le stesse devono essere considerate per la maggior parte come aiuti esistenti ai sensi dell'art. 1, lett. b), sub v) del regolamento 659/1999 in quanto sono state attuate prima della

il proprio esame al primo motivo ed ai tre primi capi del secondo motivo dedotti in via principale. Con la sentenza il Tribunale ha accolto il terzo capo del secondo motivo, annullando di conseguenza gli artt. 3 e 4 della decisione controversa. Con il terzo capo del secondo motivo del ricorso la EDF sosteneva che le misure di cui trattasi dovevano essere qualificate come conferimenti di capitale ed essere analizzate in un contesto complessivo di chiarimento dei rapporti finanziari tra lo Stato francese e la società. Secondo tale prospettiva lo Stato avrebbe quindi agito come un investitore privato in economia di mercato, cosa che la Commissione avrebbe potuto verificare applicando al caso di specie il criterio dell'investitore privato, che si era invece rifiutata di applicare. Accogliendo il motivo di ricorso, il Tribunale ha ritenuto opportuno non limitare l'esame della misura alla sua sola forma, atteso che *"il ricorso allo strumento della legge non è, di per sé, sufficiente ad escludere il fatto che l'intervento dello Stato nel capitale di un'impresa persegua un obiettivo economico che possa essere parimenti perseguito da un investitore privato."*<sup>56</sup> Peraltro, il Tribunale rilevava che la misura volta a ristrutturare il bilancio della EDF e ad aumentarne i "fondi propri" costituiva non una disposizione di natura fiscale in sé, bensì una disposizione di natura contabile con ripercussioni fiscali. Quindi, poiché la sola natura fiscale del credito controverso e l'utilizzo di una legge non consentiva alla Commissione di escludere *ipso facto* l'applicazione del criterio dell'investitore privato, incombeva all'istituzione europea l'obbligo di verificare la razionalità economica dell'investimento valutando se, in circostanze analoghe, un investitore privato avrebbe proceduto ad un investimento simile in favore della EDF. Sull'assunto avanzato dalla Commissione in base al quale la forma assunta in concreto dall'investimento avrebbe comportato differenze in termini di costi di mobilitazioni del capitale e di rendimento del medesimo, che potevano indurre a considerare che un investitore privato non avrebbe realizzato un investimento simile, il Tribunale replicava che tale osservazione presupponeva proprio l'effettuazione di un'analisi economica nell'ambito dell'applicazione del criterio dell'investitore privato, in quanto in base alla sua applicazione ben poteva essere considerato quale un aiuto la differenza dei costi ipotizzata. Secondo il Tribunale, lo scopo del criterio dell'investitore privato sarebbe quello di verificare se un operatore privato, pur non disponendo degli stessi mezzi di cui dispone lo Stato, avrebbe deciso nelle stesse circostanze, di effettuare un investimento analogo, in modo da smascherare eventuali interventi assistenzialisti a base non prettamente economica. Risulterebbero in definitiva ininfluenti sia la natura del credito ed il fatto che un imprenditore privato non possa detenere un credito fiscale. Il Tribunale respinse inoltre anche l'argomentazione della Commissione secondo la quale ammettere l'applicazione del criterio dell'investitore privato in tale situazione avrebbe potuto portare ad approvare tutte le forme di esenzione fiscale concesse dagli Stati membri. Invero, nella specie si trattava non di una semplice esenzione fiscale concessa ad un'impresa ma di una rinuncia ad un credito fiscale nell'ambito di un aumento di capitale di un'impresa, di cui lo Stato era l'unico azionista.

---

liberalizzazione effettiva del settore dell'elettricità. Inoltre ai sensi dell'art. 15, n.1 del regolamento richiamato dovrebbero essere riferiti in merito alla prescrizione. 2) la Commissione ha commesso diversi errori di calcolo che inficiano la validità della decisione.

<sup>56</sup> Cfr. sentenza della Corte di Giustizia in commento, punto 30.



**3.1.** La Commissione impugnava la sentenza del Tribunale e la Iberdrola e l’Autorità di vigilanza EFTA<sup>57</sup> intervenivano in suo sostegno. La Commissione richiedeva sostanzialmente alla Corte di giustizia di annullare la sentenza e di rinviare la causa innanzi al Tribunale ai fini di un nuovo esame. La Commissione con il primo motivo di ricorso afferma che il Tribunale ha snaturato i fatti della controversia ed è incorso in un errore di diritto nell’interpretazione dell’art. 87 CE, specialmente quanto all’ambito di applicazione del criterio dell’investitore privato accorto operante in un’economia di mercato. Il secondo motivo del ricorso si articola invece in quattro capi. 1) Con il primo capo del secondo motivo la Commissione sostiene che il Tribunale si sia erroneamente basato sull’obiettivo perseguito al fine di valutare se lo Stato francese abbia agito quale azionista oppure come pubblica autorità. Secondo l’istituzione infatti l’art. 87, par. 1, CE non farebbe distinzioni in funzione degli obiettivi perseguiti dagli interventi degli Stati membri. Anzi, il criterio fondato sulle intenzioni presenterebbe un carattere soggettivo che si presterebbe a manipolazioni, in quanto non consentirebbe di distinguere in maniera chiara gli interventi dello Stato azionista da quelli che lo stesso pone in essere quale pubblica autorità. 2) Con il secondo capo del secondo motivo la Commissione afferma che il Tribunale non ha cercato di accertare se lo Stato francese abbia agito quale un investitore privato in quanto la sua analisi sarebbe volta allo schema lungo<sup>58</sup> e non allo schema corto, di cui alla legge n. 97-1026. Invero, la scelta tra i richiamati schemi non sarebbe indifferente in quanto solo l’applicazione dello schema lungo garantirebbe la trasparenza mentre l’applicazione, come nel caso di specie, dello schema corto farebbe sfuggire le risorse impegnate da qualsiasi disciplina di bilancio, violando la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private. Inoltre viene contestato il fatto che il Tribunale non ha tenuto conto della necessità di definire un investitore privato di riferimento, laddove invece la giurisprudenza prevede la definizione di un termine di paragone reale ed esistente nell’economia di mercato. Secondo l’indirizzo costante della Corte infatti, laddove non esiste alcun operatore reale cui paragonare il comportamento dello Stato, l’applicazione del criterio dell’investitore privato dovrebbe essere escluso. Infine, il comportamento dello Stato francese non avrebbe potuto essere tenuto da un investitore privato, in quanto quest’ultimo avrebbe dovuto assolvere prima l’imposta sulle società e non avrebbe potuto convertirla in capitale. 3) Con il terzo capo del secondo motivo la Commissione sostiene che l’orientamento in base al quale prendere come riferimento il solo profilo della redditività dell’investimento e dare la possibilità allo Stato di poter far uso delle proprie prerogative di autorità pubblica, violerebbe il principio della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e causerebbe distorsioni della concorrenza, contrarie agli artt. 295 e 87 CE, oltre a porsi in contrasto con l’obiettivo perseguito dal criterio dell’investitore privato.<sup>59</sup> 4) Con il quarto capo del secondo motivo viene contestato al Tribunale di aver violato le regole relative

---

<sup>57</sup> L’EFTA con ordinanza del 2 settembre 2010 è stata ammessa dalla Corte di giustizia ad intervenire nel ricorso a sostegno della Commissione.

<sup>58</sup> Consistente anzitutto nell’imputare alla voce “Conto patrimoniale” un importo al netto d’imposta, successivamente, nel chiedere all’EDF il versamento di un’imposta corrispondente alla variazione dell’attivo netto e, infine, nel procedere ad un conferimento complementare di capitale per un importo pari all’imposta medesima.

<sup>59</sup> In tal modo infatti tale criterio diverrebbe un mezzo per escludere la qualificazione di aiuto con riguardo a misure che un investitore privato non possa adottare.

all'onere della prova. Secondo la Commissione infatti, laddove vi siano tutti i requisiti idonei ai fini dell'accertamento della sussistenza di un aiuto di Stato, spetterebbe allo Stato membro fornire la prova che sussistano i presupposti ai fini dell'ammissibilità della deroga relativa al criterio dell'investitore privato. Nel corso del procedimento amministrativo infatti, le autorità francesi si sarebbero limitate a dedurre considerazioni relative alla redditività senza però produrre alcun elemento a sostegno delle proprie affermazioni. Inoltre, da nessun elemento risulterebbe che lo Stato francese abbia preso in considerazione la redditività potenziale dell'esenzione d'imposta contestata. Ciò premesso, la Commissione ritiene di non poter essere tenuta a procedere ad un esame dell'esenzione fiscale *de qua* alla luce di tale criterio. In secondo luogo, la Commissione ricorda che la legittimità di una decisione in materia di aiuti di Stato deve essere valutata alla luce degli elementi d'informazione di cui la stessa poteva disporre al momento dell'adozione della decisione. All'epoca infatti, la Commissione non aveva a disposizione alcun elemento idoneo a dimostrare la pertinenza del criterio dell'investitore privato. La Iberdrola e l'autorità di vigilanza EFTA si allineavano alle difese della Commissione. L'Autorità di vigilanza EFTA in particolare precisava che in tali fattispecie, specie nell'attuale crisi finanziaria, occorre applicare un criterio chiaro e semplice da utilizzare, fondato su elementi oggettivi, che possano costituire oggetto di sindacato giurisdizionale e l'orientamento del Tribunale non risponderebbe a tale esigenza. Quindi, le intenzioni dello Stato, quand'anche possano essere determinate con certezza non dovrebbero essere prese in considerazione.<sup>60</sup> Inoltre viene rilevato che lo Stato percepisce le imposte nell'ambito dell'esercizio di poteri pubblici e pertanto la rinuncia a dei crediti fiscali si colloca nello stesso contesto. In buona sostanza, un comportamento come quello posto in essere dallo Stato francese non potrebbe mai essere paragonato a quello di un investitore privato. La Commissione inoltre non potrebbe applicare il criterio dell'investitore privato di propria iniziativa. A parere della EDF e della Repubblica francese invece, correttamente il Tribunale ha ritenuto che il criterio dell'investitore privato fosse applicabile e che la Commissione, respingendolo *ipso facto* in base alla sola natura dei mezzi utilizzati, ha violato gli obblighi procedurali ad essa incombenti.

3.2. L'avvocato generale Mazák nelle sue conclusioni sostiene sostanzialmente i motivi di impugnazione avanzati dalla Commissione e dall'Autorità di vigilanza EFTA, evidenziando l'importanza dell'annullamento della sentenza del Tribunale per il diritto dell'UE in materia di aiuti di Stato. Come affermato nelle sue conclusioni: *“Il presente ricorso è di particolare importanza per il diritto dell'UE in materia di aiuti di Stato, in quanto solleva una questione di principio che riguarda la portata (applicabilità) di un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea sugli aiuti di Stato – ossia, il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato – in un caso in cui lo Stato ha esercitato le proprie prerogative di autorità pubblica. Sostanzialmente, il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato (o «criterio dell'investitore privato») è l'espressione logica del principio, discendente*

---

<sup>60</sup> Sul punto, si v. Khan, N., e Borchardt, K.-D., *“The private market investor principle: reality check or distorting mirror?”*, *EC State aid law – Le droit des aides d'État dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer, 2008, pag. 115

dagli artt. 86 CE e 295 CE, di parità di trattamento delle imprese pubbliche e private.”<sup>61</sup> Nello specifico, quanto al primo motivo di ricorso, l’avv. generale concorda con la Commissione sul fatto che il Tribunale ha snaturato e travisato i fatti all’origine della controversia. Invero, soltanto dopo diciotto mesi dall’avvio dell’indagine<sup>62</sup> le autorità francesi cercavano di presentare l’esenzione concessa alla EDF quale un’operazione contabile paragonabile ad un conferimento di capitale complementare,<sup>63</sup> senza fornire elementi di prova oggettivi a sostegno di tali affermazioni. Pertanto, “*mancando palesemente una tale prova oggettiva, la conclusione del Tribunale secondo cui vi era stato un conferimento di capitale è basata su uno snaturamento dei documenti presentati dinanzi allo stesso.*”<sup>64</sup> Il Tribunale inoltre, riqualificando l’operazione in questione sembra che “*abbia cercato in effetti di eludere la giurisprudenza della Corte di giustizia sull’ambito di applicazione del principio dell’investitore privato in un’economia di mercato.*”<sup>65</sup> Quanto al secondo motivo di ricorso, l’avv. generale concorda che l’importanza attribuita dal Tribunale all’obiettivo della misura in esame non trova alcun fondamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte infatti, l’art. 87, n. 1, CE “*non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti.*”<sup>66</sup> La sentenza del Tribunale quindi si fonderebbe su un errore di diritto. Il ruolo determinante attribuito all’obiettivo perseguito sarebbe infatti difficilmente conciliabile con il fatto che la nozione di aiuto è una nozione obiettiva. Invero, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia “*la nozione di aiuto statale, quale definita nel Trattato, ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi.*”<sup>67</sup> Contrariamente considerando, il dovere di vigilanza della Commissione verrebbe pregiudicato e “*i giudici comunitari non potrebbero «esercitare (...) un controllo completo per quanto riguarda la questione se una misura rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 87, n. 1, CE.*”<sup>68</sup> Secondo Mazák, la Corte ha già stabilito che un ente che agisce come esattore d’imposta non interviene quale operatore economico<sup>69</sup> e le attività fiscali dello Stato quali l’imposizione, la riscossione, il rimborso o lo sgravio delle imposte rientrano sicuramente nell’esercizio dei poteri pubblici dello Stato e quindi, per definizione, non possono essere intraprese dallo stesso in qualità di investitore privato. Pertanto, tale criterio non poteva essere applicato al caso di specie.<sup>70</sup> Per contro, la EDF ed il

---

<sup>61</sup> Punto n. 1 delle conclusioni dell’Avv. Generale Mazák

<sup>62</sup> Ovvero, solo in seguito al 9 dicembre del 2002

<sup>63</sup> Secondo quanto affermato da Mazák infatti “*vi è stato un tentativo di presentare tale operazione come la conversione in capitale di un credito, un’interpretazione degli eventi che, alla luce dei fatti, non sembra corrispondere alla realtà o essere mai stata intesa in tal senso dalla Repubblica francese, all’epoca della ristrutturazione in questione.*”

<sup>64</sup> Cfr. punto 46, concl. gen. cit.

<sup>65</sup> Cfr. punto 48 concl. gen. cit.

<sup>66</sup> Sentenza 9 giugno 2011, cause riunite C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Comitato “Venezia vuole vivere”/Commissione (non ancora pubblicata nella Raccolta), punto 94

<sup>67</sup> Sentenza 22 dicembre 2008, causa C-487/06, British Aggregates/Commissione (Racc. pag. I-10515, punto 111).

<sup>68</sup> Cfr. sentenza 16 maggio 2000, causa C-83/98 P, Francia/Ladbroke Racing e Commissione (Racc. pag. I-3271, punto 25).

<sup>69</sup> Sentenza 11 settembre 2003, causa C-207/01, Altair Chimica (Racc. pag. I-8875, punto 35).

<sup>70</sup> Sulle posizioni della dottrina circa la non applicabilità del criterio dell’investitore privato, ed in generale nel caso in cui lo Stato abbia agito attraverso misure regolamentari si v. Hancher, L., Ottervanger, T., e Slot, P.J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, pag. 74; Jaeger, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, paragrafo 195; Mamut, M.-A., “*Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen*”, in Jaeger (cur.), *Jahrbuch Beihilferecht* 09, pag. 341; e

governo francese affermavano che già in altri casi la Corte aveva adottato un approccio meno restrittivo in situazioni in cui erano stati esercitati i poteri dello Stato e che la Corte aveva già ammesso che talune misure, non disponibili agli investitori privati, potevano essere paragonate al comportamento di operatori privati.<sup>71</sup> Quindi, i mezzi impiegati per l'investimento sarebbero irrilevanti ai fini dell'applicabilità del criterio in questione. Sull'argomentazione avanzata, l'avv. generale faceva notare che tali esempi facevano riferimento non già al criterio dell'investitore privato quanto al diverso criterio del "creditore privato." Le due fattispecie invero dovrebbero essere tenute ben distinte in quanto distinti sono i fini dello Stato investitore dai fini dello Stato creditore di un'impresa in difficoltà.<sup>72</sup> Invero, mentre l'investitore cerca di realizzare un profitto intervenendo sulle imprese interessate, il creditore cerca di ottenere il pagamento di somme dovute da un debitore in difficoltà economiche<sup>73</sup> e la EDF non rientrava in tale situazione. Inoltre, veniva ulteriormente evidenziato che il Tribunale aveva disatteso la distinzione tra *acta iure gestionis* e *acta iure imperii*, stabilita dalla giurisprudenza della Corte in maniera meticolosa. Concludendo, l'avv. generale affermava quanto segue, "In sostanza, a mio parere, l'approccio del Tribunale potrebbe condurre ad incertezza giuridica e ad una mancanza di trasparenza, nonché a privilegi (fiscali) per le imprese pubbliche. Aggiungerei che l'ultima possibilità potrebbe avere un'incidenza particolarmente negativa sui numerosi settori che sono stati recentemente liberalizzati o che sono in corso di liberalizzazione."

4. Nonostante la meticolosa esposizione dell'avv. generale, ragguagliata dettagliatamente alla giurisprudenza costante e consolidata della Corte di Giustizia, quest'ultima non ha seguito le sue conclusioni ma ha ritenuto la decisione del Tribunale non viziata da errori di diritto in base ai seguenti rilievi. La Corte concorda sul fatto che l'art. 87, par. 1 CE non distingue gli interventi dello Stato in base alla loro causa o al loro scopo ma li definisce in funzione dei loro effetti. Tuttavia, da costante giurisprudenza, risulta anche che "le condizioni che devono ricorrere affinché una misura possa ricadere nella nozione di «aiuto» ai sensi dell'articolo 87 CE non sono soddisfatte qualora l'impresa pubblica beneficiaria potesse ottenere lo stesso vantaggio rispetto a quello procurato per mezzo di risorse statali e in circostanze corrispondenti alle normali condizioni del mercato, ove tale valutazione dev'essere effettuata, per le imprese pubbliche, applicando, in linea di principio, il criterio dell'investitore privato."<sup>74</sup> Dalla giurisprudenza della Corte risulta altresì che per poter valutare se una stessa misura posta in essere dallo Stato sarebbe stata egualmente attuata da un investitore privato (operante in una

---

Haslehner, W., "Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen", in Jaeger (cur.), *Jahrbuch Beihilferecht* 2011, NWV, 2011, pag. 273.

<sup>71</sup> Fa riferimento alla sentenza C-342/96, Spagna/Commissione, cit. alla nota 26 (punto 46) e alla sentenza 29 giugno 1999, causa C-256/97, DM Transport (Racc. pag. I-3913).

<sup>72</sup> Sentenza 29 aprile 1999, causa C 342/96, Spagna/Commissione (Racc. pag. I-2459, punto 46).

<sup>73</sup> In tal senso, le sentenze C-342/96, Spagna/Commissione e DM Transport, punto 24; sul punto si vedano altresì le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro presentate il 1° aprile 2004, relative alla sentenza 14 settembre 2004, causa C-276/02, Spagna/Commissione (Racc. pag. I-8091, paragrafi 24 e 25), e la sentenza 11 luglio 2002, causa T-152/99, HAMSA/Commissione (Racc. pag. II-3049), dove la conversione in capitale del debito dell'impresa verso lo Stato è stata valutata in base al criterio dell'investitore privato, anche se il Tribunale ha osservato che il corretto metro di paragone era il creditore privato.

<sup>74</sup> Cfr. Sentenza della Corte di giustizia in commento, punto 78

situazione per quanto più analoga possibile a quella dello Stato), devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico.<sup>75</sup> I due ruoli appena richiamati devono infatti essere tenuti ben distinti. Tuttavia, laddove uno Stato membro invochi nel procedimento amministrativo innanzi alla Commissione il criterio dell'investitore privato, onde escludere la qualificazione della misura posta in essere quale un aiuto di Stato incompatibile con il mercato, *“incombe al medesimo, in caso di dubbio, provare inequivocabilmente e sulla base di elementi oggettivi e verificabili che la misura attuata sia riconducibile alla sua qualità di azionista.”*<sup>76</sup> Qualora lo Stato presenti alla Commissione degli elementi dai quali appare in modo chiaro che, con una data misura, lo stesso abbia deciso di procedere ad un investimento in un'impresa pubblica controllata, *“spetta all'istituzione operare una valutazione globale prendendo in considerazione, oltre agli elementi forniti dallo Stato membro stesso, qualsiasi altro elemento pertinente nella specie che le consenta di accertare se la misura de qua sia riconducibile alla qualità di azionista o a quella di potere pubblico dello Stato membro medesimo. In particolare, possono risultare pertinenti a tal riguardo, come rilevato dal Tribunale al punto 229 della sentenza impugnata, la natura e l'oggetto di tale misura, il contesto in cui essa si colloca, nonché l'obiettivo perseguito e le regole cui la misura stessa sia soggetta.”* Di conseguenza, al fine di accertare se lo Stato medesimo avesse ben agito nella qualità di azionista e se, pertanto, il criterio dell'investitore privato fosse applicabile, il Tribunale ha correttamente ritenuto che l'obiettivo perseguito dallo Stato francese poteva essere preso in considerazione nell'ambito di una valutazione complessiva dell'operazione posta in essere dalle autorità francesi nei confronti della EDF. La Corte respinge inoltre l'argomento sollevato dalla Commissione in merito all'esclusione dell'applicazione del criterio dell'investitore privato in base alla sola natura fiscale dei mezzi impiegati dallo Stato francese. Invero, l'art. 87, par. 1, CE ed il criterio dell'investitore privato hanno lo scopo di evitare che l'impresa pubblica beneficiaria dell'intervento dello Stato possa disporre di una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quella dei propri concorrenti.<sup>77</sup> Secondo la Corte, *“la situazione finanziaria dell'impresa pubblica beneficiaria dipende non dalla forma della messa a disposizione di tale vantaggio, quale che sia la sua natura, bensì dall'importo di cui benefici in definitiva. Correttamente il Tribunale ha quindi concentrato la propria analisi dell'applicabilità del criterio dell'investitore privato sul miglioramento della situazione finanziaria dell'EDF ai fini dell'apertura del mercato dell'energia elettrica alla concorrenza e sugli effetti della misura de qua sulla concorrenza e non sulla natura tributaria dei mezzi impiegati dallo Stato francese.”*<sup>78</sup> Pertanto, *“un beneficio economico, ancorché concesso con strumenti di natura fiscale, dev'essere valutato, segnatamente, con riguardo al criterio dell'investitore privato, qualora, in esito alla valutazione globale eventualmente necessaria, emerga che lo Stato membro interessato abbia nondimeno concesso detto beneficio, malgrado l'impiego di mezzi attinenti ai poteri pubblici, nella sua qualità di azionista dell'impresa ad esso*

---

<sup>75</sup> In tal senso, sentenze del 10 luglio 1986, Belgio/Commissione, 234/84, Racc. pag. 2263, punto 14, e Belgio/Commissione, 40/85, Racc. pag. 2321, punto 13, nonché del 14 settembre 1994, Spagna/Commissione, da C-278/92 a C-280/92, Racc. pag. I-4103, punto 22, e del 28 gennaio 2003, Germania/Commissione, C-334/99, Racc. pag. I-1139, punto 134.

<sup>76</sup> Cfr. punto 82 sentenza in commento.

<sup>77</sup> In tal senso, sentenze del 15 marzo 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Racc. pag. I-877, punto 14, e del 19 maggio 1999, Italia/Commissione, punto 16.

<sup>78</sup> Cfr. punto 91 sentenza in commento.

*appartenente.*” Nei confronti della Commissione invero, come correttamente deciso dal Tribunale, incombeva “l’obbligo” di verificare se in normali condizioni di mercato detti capitali sarebbero stati conferiti da un operatore privato, a prescindere dalla forma con cui lo Stato li aveva conferiti. Né peraltro un’eventuale differenza tra il costo sopportato da un investitore privato e quello gravante sullo Stato investitore osterebbe all’applicazione di detto criterio. Ed anzi è proprio l’applicazione di quest’ultimo che consente ed avrebbe consentito di accertare nel caso di specie l’esistenza di tale differenza e di tenerne conto ai fini di una sua eventuale qualificazione quale aiuto di Stato. Quindi, in buona sostanza *“contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, dall’Autorità di vigilanza EFTA e dalla Iberdrola, l’analisi compiuta dal Tribunale non viola la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, non genera distorsioni di concorrenza né si pone in contrasto con l’obiettivo perseguito dall’applicazione del criterio dell’investitore privato. Pertanto, tenendo presente che il criterio dell’investitore privato può essere applicabile anche nel caso in cui siano stati utilizzati strumenti di natura fiscale, il Tribunale non è incorso in errore di diritto.”*<sup>79</sup> La Corte precisa infine che il criterio in questione non costituisce un’eccezione applicabile unicamente su richiesta di uno Stato membro ma anzi, ove applicabile, lo stesso figura tra gli elementi che la Commissione *“deve prendere in considerazione al fine di accertare l’esistenza di un siffatto aiuto.”* Di conseguenza, laddove lo stesso risulti applicabile spetta alla Commissione richiedere allo Stato membro interessato di fornirle tutte le informazioni necessarie volte a consentirle di verificare se le condizioni di applicabilità e di applicazione del medesimo siano soddisfatte. La Commissione inoltre, *“non può rifiutarsi di esaminare tali informazioni se non nel caso in cui gli elementi di prova prodotti siano stati forniti successivamente all’adozione della decisione di effettuare l’investimento in questione.”* Sul primo motivo di ricorso della Commissione,<sup>80</sup> la Corte afferma che *“la natura fiscale del modus procedendi impiegato ai fini della concessione di tale vantaggio non è idonea ad escludere, ipso facto, l’applicabilità del criterio dell’investitore privato. Ne consegue, a fortiori, che il modus procedendi prescelto dallo Stato membro interessato risulta privo di pertinenza ai fini della valutazione dell’applicabilità del criterio medesimo.”* Quindi, *“il preteso snaturamento dei fatti compiuto dal Tribunale, anche ammesso che risulti provato, non sarebbe, in ogni caso, idoneo a pregiudicare la fondatezza della sentenza impugnata.”*

## CONCLUSIONI

Discostandosi dalla giurisprudenza costante dell’Unione la Corte ha condiviso un approccio poco formalistico, privilegiando invece l’esame del contenuto sostanziale degli interventi dello Stato francese posti a beneficio della EDF. La Corte sembra invero aver adoperato un tipo di valutazione che richiama un giudizio utilizzato dalla nostra Corte Costituzionale, ovvero il giudizio di ragionevolezza, con il quale la stessa effettua un’operazione di bilanciamento fra i vari interessi in gioco rapportandoli all’attuale contesto storico. Tale principio è oramai accettato in modo unanime da parte delle differenti esperienze costituzionali dato lo stretto rapporto che lo lega al diritto. La ragionevolezza costituisce infatti il punto di contatto che permette la comunicazione tra le astratte prescrizioni normative e la concretezza delle situazioni umane,

---

<sup>79</sup> Cfr. punto 97 e 98 sentenza in commento.

<sup>80</sup> Ovvero sul fatto che il Tribunale abbia snaturato gli elementi di prova ed in base al fatto che in presenza di un’esenzione fiscale il criterio dell’investitore privato non è pertinente.

laddove l'interpretazione della legge presenti più prospettive che possono portare, in alcuni casi, a conseguenze non solo diverse ma addirittura contrapposte. Ora, a prescindere da tutte le problematiche sollevate in merito alla sua opportunità, occorre evidenziare che l'accoglimento dello stesso senz'altro ammette che la certezza, la prevedibilità e la sicurezza del sistema giuridico non sono tutto, esistendo anche la flessibilità e la giustizia del diritto. Aspetti non alternativi ma connessi in quanto, affinché il diritto sia accettabile è sicuramente necessario che lo stesso non sia solo certo, ma anche ragionevole. Orbene nel caso di specie, come giustamente affermato dalla Corte, la mera natura ed il *modus operandi* utilizzato dallo Stato per effettuare l'investimento non consentono di escludere a priori l'applicabilità del criterio dell'investitore privato. Ma anzi, è proprio in base all'applicazione dello stesso che è possibile verificare con un buon grado di certezza se dietro un investimento si celi in realtà un mero intervento assistenzialista nei confronti di un'impresa in difficoltà tenuta in tal modo artificialmente in vita dallo Stato, che creerebbe un evidente squilibrio competitivo sul mercato di riferimento. La sua esclusione sulla sola natura dei mezzi utilizzati sembrerebbe invero irragionevole. Senza dubbio nel merito, la sentenza segna un'evoluzione della giurisprudenza dell'Unione e può essere considerata, sia per la Commissione che per gli stessi Stati membri, come una guida di riferimento circa l'interpretazione futura dell'art. 107 TFUE e l'applicazione del criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato, a cui le parti dovranno attenersi in virtù del principio di leale collaborazione. Quanto al rischio sollevato dall'avv. generale Mazák circa la possibilità che tale orientamento possa indurre gli Stati membri a mascherare *ex post*, dietro finte attività economicamente razionali, degli interventi non economici ma prettamente sociali, occorre ricordare che la Corte ha fortemente circoscritto i confini entro i quali limitare l'approccio sostanziale che la Commissione dovrà seguire in futuro prima di decidere se applicare o meno il criterio richiamato. In buona sostanza, la Commissione deve applicarlo laddove lo Stato le presenti, preliminarmente o simultaneamente alla concessione del beneficio, degli elementi chiari, oggettivi e verificabili circa la riconducibilità della misura adottata alla sua qualità di azionista e non di pubblico potere, a prescindere dalla natura dei mezzi e dai modi utilizzati. La Commissione pertanto *“non può rifiutarsi di esaminare tali informazioni se non nel caso in cui gli elementi di prova prodotti siano stati forniti successivamente all'adozione della decisione di effettuare l'investimento in questione.”*

TIZIANO PARISI

## BIBLIOGRAFIA

- EBNER M., GAMBARO E., *La nozione di aiuto di Stato*, in A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, 2006, p. 25;
- HANCHER, L., OTTERVANGER, T., e SLOT, P.J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, pag. 74;
- HASLEHNER, W., *“Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen”*, in Jaeger (a cur.), *Jahrbuch Beihilferecht 2011*, NWV, 2011, pag. 273;
- JAEGER, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, par. 195;
- KHAN, N., e BORCHARDT, K.D., *“The private market investor principle: reality check or distorting mirror?”*, *EC State aid law – Le droit des aides d’État dans le CE: liber amicorum* Francisco Santaolalla Gadea, Kluwer, 2008, pag. 115;
- MALINCONICO C., *Aiuti di Stato*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti – G. Greco, Milano, Giuffrè, 1997, p.455;
- MAMUT, M.A., *“Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen”*, in Jaeger (a cur.), *Jahrbuch Beihilferecht 09*, cit. sup., pag. 341;
- ORLANDI M., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, p. 129;
- PINOTTI C., *Interessi pubblici e privati nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli* (atti del XLV Convegno di Studi sull’amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 16-18 settembre 1999), Milano, Giuffrè, 2000, p. 117 ss.;
- ROBERTI G.M., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 1997, p. 90 ss.;
- SLOCOCK B., *The market economy investor principle*, in *Competition policy newsletter*, n. 2/2002, p.23;
- SMITS C., *La notion d’avantage et le critère de “l’opérateur en économie en marché”*, in M. DONY, C. SMITS (a cura di), *Aides d’État*, Bruxelles, 2005, p. 53.