

Le nozioni di impresa e attività economica: un «terreno irto di pericoli»?

di Marina Roma

Title: The notions of undertaking and economic activity: a «dangerous territory»?

Keywords: State aid; Notion of undertaking; Notion of economic activity.

1. – Non è certo un caso che la Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (disponibile online [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)#:~:text=La%20nozione%20di%20aiuto%20di,di%20cui%20al%20citato%20articolo.](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=CELEX:52016XC0719(05)#:~:text=La%20nozione%20di%20aiuto%20di,di%20cui%20al%20citato%20articolo.)) – con cui la Commissione fornisce alcuni chiarimenti in relazione al citato articolo – si apra proprio con un riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla nozione di «*impresa*» e di «*attività economica*».

L'individuazione di confini applicativi certi costituisce il primo scoglio che incontra l'interprete nell'approccio ad una disciplina, sicché la sentenza in commento – pur non risultando particolarmente innovativa, in quanto motivata quasi con esclusivo riferimento ad una giurisprudenza piuttosto consolidata – merita comunque alcune considerazioni.

Nel pronunciarsi sulla natura economica o meno dell'attività svolta dagli organismi di assicurazione sanitaria slovacchi, la Corte si addentra, infatti – per riprendere l'*opinion* dell'avvocato generale Priit Pikamäe – in un «terreno irto di pericoli», in cui è chiamata a trovare un equilibrato bilanciamento tra tutela della concorrenza e rispetto delle competenze degli Stati membri in materia di organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale.

2. – Il caso posto all'attenzione dei giudici del Lussemburgo è, per la verità, piuttosto lineare.

Il regime slovacco di assicurazione sanitaria vigente all'epoca dei fatti era basato, sin dalla riforma entrata in vigore il 1° gennaio 2005, su un modello misto, caratterizzato dalla coesistenza di organismi pubblici e privati, tenuti per legge ad assumere la forma giuridica di società per azioni di diritto privato con scopo di lucro. Nello specifico, i residenti in Slovacchia avrebbero potuto scegliere tra tre organismi di assicurazione sanitaria: la Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s. (“VšZP”) e la Spoločná zdravotná poisťovňa, a.s. (“SZP”), fusesi il 1° gennaio 2010, con unico azionista lo Stato slovacco; la Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (“Dôvera”), partecipata da enti del settore privato e la Union zdravotná poisťovňa a.s. (“Union”), anch'essa partecipata da enti del settore privato.

Su denuncia del 2 aprile 2007 presentata dalla Dôvera in merito a presunti aiuti

di Stato concessi dalla Repubblica slovacca alla SZP e alla VŠZP, il 2 luglio 2013, è stato avviato il procedimento di indagine formale, conclusosi con la decisione oggetto del giudizio di primo grado, con cui la Commissione ha constatato che le società presunte beneficiarie delle misure di favore non potevano qualificarsi come imprese ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, non svolgendo attività natura economica, sicché le misure denunciate non avrebbero potuto considerarsi aiuti di Stato.

Avverso la suddetta decisione, il 24 aprile 2015, la Dôvera ha proposto ricorso, contestando l'erronea interpretazione delle nozioni di «*impresa*», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, e di «*attività economica*», così come l'altrettanto erronea applicazione di tali nozioni alla SZP e alla VŠZP, nonché la violazione dell'obbligo di motivazione.

Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha constatato in parte la fondatezza della valutazione della Commissione, per cui il regime di assicurazione sanitaria obbligatoria slovacco indubbiamente avrebbe presentato rilevanti elementi sociali, solidali e normativi. Ciò in quanto: (i) gli organismi assicurativi erabi tenuti ad iscrivere ogni residente slovacco che ne faccia richiesta, senza poter rifiutare di assicurare una persona per motivi di età, stato di salute o rischio di malattia; (ii) gli importi dei contributi obbligatori erano fissati dalla legge, in proporzione al reddito degli assicurati, e indipendentemente dalle prestazioni percepite o dall'alea derivante, in particolare, dall'età o dallo stato di salute dell'assicurato; (iii) tutti gli assicurati avevano diritto allo stesso livello minimo di prestazioni; (iv) il sistema era basato su un meccanismo di perequazione del rischio, per cui gli organismi che assicurano persone associate a un rischio più elevato ricevono fondi dagli organismi il cui portafoglio è costituito da persone che presentano minori rischi; e, infine (v) gli organismi assicurativi erano soggetti a una normativa specifica e alla vigilanza di un'autorità di regolamentazione, deputata a verificare che detti organismi si attenessero al quadro legislativo pertinente e a intervenire in caso di violazioni.

4430

Pur a fronte di tali indici, il Tribunale ha però rilevato che, da una parte, la suddetta normativa consentiva agli organismi di assicurazione sanitaria di realizzare, utilizzare e distribuire utili, dall'altra, di farsi concorrenza sul piano dei servizi complementari alle prestazioni legali obbligatorie, così differenziandosi in materia di qualità ed entità dell'offerta per attirare assicurati che, in forza della legge, rimanevano liberi di scegliere la loro compagnia di assicurazione sanitaria e di cambiarla una volta all'anno. Valorizzando proprio questi ultimi due elementi, il Tribunale ha allora concluso che l'attività della SZP e della VŠZP presentava carattere economico, sicché tali organismi assicurativi dovevano essere qualificati come imprese ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

3. – Tale conclusione viene del tutto confutata ad esito del giudizio d'appello.

La Corte parte dalla constatazione – questa naturalmente in linea con la sentenza di primo grado – che, nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di «*impresa*» debba comprendere «qualsiasi ente che esercita un'attività economica, indipendentemente dallo status giuridico di tale ente e dalle sue modalità di finanziamento» (cfr. p.to 28), dovendosi intendere quale «attività economica» «qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (cfr. p.to 29).

Ciò detto, la Corte si discosta dall'argomentazione seguita dai giudici di primo grado – che avrebbero ingiustamente attribuito un eccessivo rilievo alla possibilità per gli enti assicurativi di distribuire utili e di farsi concorrenza sul piano delle prestazioni accessorie – rilevando come la valutazione in merito all'economicità delle attività svolte nell'ambito della previdenza sociale non possa dipendere dal solo status giuridico dell'ente interessato, ma richieda valutazione globale, che tenga in considerazione il perseguimento o meno di un obiettivo sociale, l'effettiva attuazione del principio di

solidarietà, l'assenza di qualsiasi scopo di lucro dell'attività svolta e la predisposizione di meccanismi di controllo statali.

Tenuto conto di tale premessa metodologica, vengono così contrapposti due opposti modelli.

Il primo modello è basato su principi solidaristici, e caratterizzato da obbligatorietà dell'iscrizione, contributi fissati dalla legge in proporzione al reddito degli assicurati e non al rischio legato all'età o allo stato di salute, applicazione della regola per cui le prestazioni obbligatorie fissate dalla legge sono identiche per tutti gli assicurati, indipendentemente dai contributi versati, e un meccanismo di perequazione dei costi e dei rischi, in base al quale i regimi in eccedenza partecipano al finanziamento dei regimi con difficoltà finanziarie strutturali. Il secondo, viceversa, presenta caratteri di solidarietà circoscritti ed opera secondo un principio di capitalizzazione in base al quale esiste un nesso diretto tra l'importo dei contributi versati dall'assicurato e il loro rendimento finanziario e le prestazioni fornite.

Alla luce di un simile inquadramento, il Tribunale avrebbe attribuito *«importanza indebita»*, in primo luogo, alla possibilità per gli organismi slovacchi di realizzare utili, atteso che l'eventuale distribuzione avrebbe dovuto (ai sensi della normativa nazionale) avvenire nel rispetto dei requisiti intesi a garantire la sostenibilità del regime e il conseguimento degli obiettivi sociali sottesi al sistema previdenziale.

D'altro canto, anche la possibilità per gli operatori di competere quanto alle prestazioni non essenziali – valorizzata a sproposito nel giudizio di primo grado – non avrebbe potuto rimettere in discussione il carattere sociale e solidale di tale regime. Anche laddove nel primo modello si inseriscano eventuali elementi di concorrenza – la Corte precisa – l'introduzione di tali elementi mira unicamente a stimolare gli operatori all'efficienza nell'intento di garantire il buon funzionamento del sistema previdenziale nel suo complesso, non modificando però la natura *non* economica dei soggetti che vi operano. Gli organismi assicurativi slovacchi non possono, infatti, competere quanto alle prestazioni legali obbligatorie né quanto all'importo dei contributi, ma solo in relazione alle prestazioni complementari, gratuite, che possono consistere (ad esempio) nella garanzia di una migliore copertura di determinati tipi di trattamento complementare e preventivo nell'ambito delle prestazioni obbligatorie o nell'offerta un servizio di assistenza potenziato per gli assicurati.

Rilevato che lo stato degli atti consentiva di accertare che la SZP e la VŠZP – nonostante la forma di società di diritto privato e la possibilità di farsi concorrenza sulle prestazioni complementari – presentavano *«tutte le caratteristiche del principio di solidarietà»*, assimilabili al primo dei due modelli, la Corte rigetta le censure di cui al ricorso di primo grado, stabilendo che la Commissione aveva correttamente ritenuto che, non svolgendo un'attività economica, tali società non potevano essere considerate imprese, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

4. – La tecnica argomentativa prescelta nel caso in commento pare voler offrire una ricognizione generale dei principali arresti giurisprudenziali in materia: la premessa in diritto del corpo della decisione è quasi interamente costituita da riferimenti a precedenti pronunce, che la Corte utilizza sia per sorreggere autonomamente il proprio ragionamento di cui si è detto, sia a “correzione” di veri e propri *«errori di diritto»* in cui il Tribunale sarebbe incorso.

Se è vero che la valutazione circa il carattere economico o non economico di attività esercitate in settori che rientrano nella competenza esclusiva degli Stati membri, come il settore della previdenza sociale, porta la Corte in quel *«terreno irto di pericoli»* cui si è accennato in premessa, è altrettanto vero che in tale terreno sono già stati piantati una serie di significativi paletti (*cf.* le sentenze cui si fa riferimento anche in motivazione Corte giust., sent. 17-2-1993, *Poucet e Pistre*, cause riunite C-159/91 e

C-160/91, in *Racc.*, I-00637 ss., p.ti 8-10 e p.ti 14, 15 e 18; sent. 22-1-2002, *Cisal*, C-218/00, in *Racc.*, 2002 I-00691 ss., p.ti 34, 38 e 43; sent. 16-3-2004, *AOK Bundesverband e a.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.*, 2004 I-02493 ss., p.ti 47-50; sent. 5-3-2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/07, in *Racc.*, 2009 I-01513 ss., p.ti 35, 38 e 43; sent. 3-3-2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, in *Racc.*, 2011 I-00973 ss., p.ti 43-46), utili a guidare i giudici europei in un equilibrato bilanciamento tra le esigenze di *fair competition* e aree riservate alla competenza legislativa nazionale.

In altri contesti, la Corte ha già chiarito come la discrezionalità di cui godono gli Stati membri nel disciplinare l'organizzazione dei rispettivi sistemi di sicurezza sociale (Corte giust., sent. 17-6-1999, *Belgio/Commissione*, C-75/97, in *Racc.* 1999 I-03671, p.to 37) debba pur sempre tener conto di un generale obbligo di coerenza, per cui talune attività non possono essere arbitrariamente sottratte all'applicazione delle norme sulla concorrenza, a meno che non sia effettivamente garantita l'attuazione del principio di solidarietà (*cf.* i richiami nelle conclusioni dell'avvocato generale, p.to 112, nonché alle conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella causa FENIN/Commissione, C-205/03 P, paragrafo 27).

Al fine di determinare se un ente possa qualificarsi come «*impresa*», occorre dunque verificare se la regolamentazione nazionale sia stata impostata in modo da porre tale ente in un mercato concorrenziale o meno, per cui nel caso di sistemi misti – in cui (come nella fattispecie in questione) coesistano elementi di solidarietà ed elementi di concorrenzialità – la qualificazione diviene (per riprendere le conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, *cf.* p.to 112) un «*problema di graduazione*», che rende necessario tener conto «*dei diversi elementi in questione, della loro rilevanza e finalità rispettive*» (*cf.* conclusioni dell'avvocato generale, p.to 29).

Non sembra, però, che la Corte abbia colto appieno l'opportunità di chiarire quanto sancito nella già citata sentenza *AOK Bundesverband* che – secondo l'avvocato generale (*cf.* p.to 129 delle conclusioni) si sarebbe profilata – non verificando puntualmente se il legislatore slovacco perseguisse l'obiettivo sociale del sistema «*in modo coerente*», limitandosi a constatare la sussistenza dei caratteri di un meccanismo improntato a criteri di solidarietà.

Per altro verso, si chiarisce la lettura dei precedenti su cui il Tribunale aveva fondato le proprie conclusioni. Le sentenze del 10 gennaio 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, C-222/04, EU:C:2006:8, p.ti 122 e 123, nonché del 1° luglio 2008, *MOTOE*, C-49/07, p.to 27 sono state, secondo la Corte, travisate in quanto esse semplicemente statuiscano che l'attività di un operatore che consiste nell'offerta di servizi di carattere economico senza scopo di lucro (siano essi servizi connessi ad operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari, come nella prima causa, o servizi connessi all'organizzazione di competizioni sportive basate su contratti di sponsorizzazione, pubblicità e assicurazione, come nella seconda causa) in un contesto di mercato in concorrenza con altri operatori che perseguono uno scopo di lucro, la circostanza che tale offerta di servizi sia effettuata dall'operatore senza scopo di lucro non rimetterebbe semplicemente in discussione la qualificazione economica dell'attività di cui trattasi.

5. – Così strutturata, la sentenza in esame – pur non risultando (come si è detto) particolarmente innovativa – viene a configurarsi come una sorta di statuto riepilogativo tanto della nozione di «*impresa*», tanto di ciò che «*impresa*» non è, quando si tratti di enti operanti nel settore previdenziale.

L'assenza, sia nei Trattati che nel diritto derivato, di una definizione unitaria dei di «*impresa*» e «*attività economica*» apre, infatti, la possibilità alla costruzione di nozioni di impresa che si adattino al miglior perseguimento del fine che ogni specifica branca del diritto europeo si propone di perseguire. Demarcare il confine applicativo

delle disposizioni in materia di aiuti di Stato richiede allora (come conferma la pronuncia annotata) una valutazione oggettiva del tipo di attività, che prescinde dalla verifica circa la natura giuridica del soggetto prestatore.

Se l'astratta possibilità di perseguire uno scopo di lucro rappresenta perciò unicamente un indizio del carattere economico dell'attività svolta, non si esclude che un ente, ancorché privo di finalità lucrative e deputato al perseguimento di finalità di pubblico interesse, possa qualificarsi come impresa nel caso in cui svolga un'attività consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, che sia finanziata con risorse in tutto o in parte private. Quella che la Corte richiede è una verifica complessiva che non tenga solo conto dello scopo perseguito (lucrativo o di interesse generale), ma anche dell'attuazione di logiche di ricerca del profitto, anziché di solidarietà, e dell'assenza o predisposizione di forme di controllo statale.

Si rende inevitabile – come riconosciuto, peraltro, anche dall'avvocato generale (cfr. il p.to 105 delle conclusioni) – il riferimento alla nota sentenza *Betania* (Corte giust., 27-6-2017, in *Racc. digitale*, causa C-74/16), in cui la Corte – nel valutare se un'esenzione fiscale in favore di congregazione appartenente alla Chiesa cattolica per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività con finalità non strettamente religiose potesse astrattamente ricadere sotto il divieto degli aiuti di Stato – aveva ribadito come la qualificazione in merito alla natura di «*impresa*», lungi dal potersi limitare al dato formale della natura soggettiva, richiedesse invece una valutazione oggettiva del circa il carattere economico o non economico dell'attività svolta.

In tale circostanza – pur demandando la valutazione in concreto al giudice del rinvio – la Corte aveva invitato quest'ultimo a soffermarsi in particolare sulla verifica in merito alle modalità di remunerazione dei servizi offerti, distinguendo tra le attività di insegnamento sovvenzionate dallo Stato spagnolo e fornite sulla scorta e in conformità delle condizioni stabilite in una convenzione conclusa tra la Congregazione e la Comunità autonoma di Madrid – che dunque non avrebbero potuto essere qualificate come «*economiche*» – e le attività di insegnamento non sovvenzionate dallo Stato spagnolo ma dagli studenti e dai loro genitori, rientranti nell'insegnamento prescolare, extrascolare e post-obbligatorio, che dunque avrebbero potuto essere qualificate come «*attività economiche*».

Il tema era già stato, peraltro, posto all'attenzione della Corte anche con riferimento ad una normativa italiana (Corte giust., sent. 15 settembre 2016, causa T-220/13, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl c. Commissione europea*), che prevedeva l'esenzione dall'imposta comunale sugli immobili prevista a favore dei beni ecclesiastici. Pur ritenendo che la misura potesse ricadere nel divieto di aiuti di Stato, la Commissione aveva ammesso di non poter procedere al recupero delle somme, per l'assoluta impossibilità di reperire i soggetti passivi d'imposta. In tal caso, la Corte non aveva avuto però occasione di andare a fondo alla questione, atteso che il regime fiscale intervenuto dopo il 2012 escludeva dal campo di applicazione dell'esenzione le attività potenzialmente in concorrenza con quelle di altri operatori del mercato che perseguivano uno scopo di lucro.

Analogamente a quanto avvenuto nel settore degli appalti, in cui si è configurata la nozione di «*organismo di diritto pubblico*», anche nel diritto della concorrenza, la giurisprudenza sta delineando sempre più chiaramente, tra le «*imprese*» e le pubbliche amministrazioni, un'area intermedia, in cui operano una serie di soggetti deputati al perseguimento di finalità di interesse generale, che si vedono applicato un regime differenziato, per cui (alle condizioni di cui si è detto) possono anche di ricevere pubblici sussidi in deroga alle ordinarie regole previste dai Trattati.

Nella pronuncia in esame, ma anche in passato la Corte – forse per la tendenza delle istituzioni europee a dedicarsi, in prima battuta, sulle nozioni più spiccatamente mercantilistiche – si è soffermata dettagliatamente sui caratteri dell'attività svolta che

legittimerebbero tale deroga. Si sente, però, la mancanza di più compiuta riflessione da parte dei giudici europei in merito al perimetro di quelle finalità che – proprio in ragione del grado di tutela ad esse si ritiene di riservare nel contesto dell'ordinamento – possono legittimare eccezioni ordinarie regole di concorrenza.

Una simile riflessione potrebbe, infatti, contribuire delineare i contorni non solo delle nozioni di «*impresa*» e di «*attività economica*», ma anche di quell'Europa sociale, di cui tanto si discute in questo periodo.

Marina Roma
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
roma.marinaroma@gmail.com