

TEN-T: compatibile con il regime di aiuti di Stato il finanziamento pubblico e il monopolio legale all'impresa pubblica nazionale per realizzare un progetto di interesse europeo

di Guido Befani

Title: TEN-T: the public funding and the legal monopoly of the national public enterprise to carry out a project of European interest are compatible with the state aid scheme

Keywords: State Aid; TEN-T; National monopoly.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta in sede di appello, nelle cause riunite C 174/19 P e C 175/19 P, avverso due pronunce del Tribunale dell'Unione Europea (segnatamente: sent. 13 dicembre 2018, Scandlines Danmark e Scandlines Deutschland/Commissione - T 630/15 e sent. 13 dicembre 2018, Stena Line Scandinavia/Commissione - T 631/15) con le quali il Tribunale ha annullato la decisione C(2015) 5023 final della Commissione, del 23 luglio 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39078 (2014/N) (Danimarca), riguardante il finanziamento del progetto di collegamento fisso attraverso lo stretto di Fehmarn, nella parte in cui la Commissione europea ha deciso di non sollevare obiezioni nei confronti delle misure accordate dal Regno di Danimarca alla Femern A/S per la pianificazione, la costruzione e l'esercizio del collegamento fisso attraverso lo stretto di Fehmarn.

Nello specifico, la domanda di appello ha visto anche l'intervento della Commissione Europea, che in via incidentale ha impugnato le medesime sentenze, nella parte in cui hanno dichiarato il ricorso proposto dalla Scandlines Danmark e dalla Scandlines Deutschland e quello proposto dalla Stena Line Scandinavia ricevibili "nelle parti in cui riguardano le misure accordate dal Regno di Danimarca alla Femern Landanlæg per la pianificazione, la costruzione e l'esercizio dei collegamenti ferroviari e stradali interni in Danimarca".

2. – Nel merito, l'oggetto della controversia concerne il finanziamento del progetto di collegamento attraverso lo stretto di Fehmarn tra la Danimarca e la Germania, a nord di Lubecca (Germania). Più in dettaglio, il progetto consiste, da un lato, nella costruzione di un tunnel sottomarino tra Rødby sull'isola di Lolland in Danimarca e Puttgarden sull'isola di Fehmarn in Germania, della lunghezza di circa 19 km, dotato di una linea ferroviaria elettrificata e di un'autostrada e, dall'altro lato, nell'ampliamento e nel miglioramento dei collegamenti stradali e ferroviari interni in Danimarca, in particolare del collegamento ferroviario di circa 120 km esistente tra Ringsted (Danimarca) e Rødby.

Tale progetto è stato approvato mediante un trattato, firmato il 3 settembre 2008 e ratificato nel 2009, tra il Regno di Danimarca e la Repubblica federale di Germania.

In conformità a tale trattato e alla legge danese del 4 maggio 2015, n. 575, per l'esecuzione del progetto sono state incaricate due imprese pubbliche danesi, la Femern A/S, costituita nel 2005, incaricata del finanziamento, della costruzione e dell'esercizio del collegamento fisso e la Femern Landanlæg A/S, costituita nel 2009 e incaricata, invece, del finanziamento, della costruzione e dell'esercizio dei collegamenti stradali e ferroviari interni in Danimarca.

Nello specifico, la Femern Landanlæg risulta essere una filiale della Sund & Bælt Holding A/S, appartenente allo Stato danese, laddove la Femern è divenuta a sua volta filiale della Femern Landanlæg dopo la costituzione di quest'ultima.

La proprietà dei collegamenti ferroviari oggetto di intervento è ripartita e condivisa tra la Banedanmark (20%), gestore pubblico dell'infrastruttura ferroviaria nazionale danese, e la stessa Femern Landanlæg (80%).

Quanto alla copertura economica del progetto, dal costo totale stimato ai prezzi fissi del 2014, di circa EUR 8,7 miliardi, (di cui circa EUR 7,4 miliardi per la pianificazione e la costruzione del collegamento fisso e circa EUR 1,3 miliardi per la pianificazione e la costruzione dei miglioramenti dei collegamenti stradali e ferroviari interni in Danimarca) questo risulta essere finanziato dalla Femern e dalla Femern Landanlæg grazie a prestiti raccolti sui mercati finanziari internazionali e beneficianti della garanzia dello Stato danese ovvero attraverso prestiti sussidiari della Banca nazionale danese.

Tali società non possono, invece, ottenere prestiti per attività diverse dal finanziamento, dalla pianificazione, dalla costruzione e dall'esercizio del collegamento fisso e dei collegamenti stradali e ferroviari interni in Danimarca, perché entrambe le imprese hanno ricevuto un conferimento di capitale diretto da parte dello Stato danese.

Per rimborsare i rispettivi debiti, la Femern riscuoterà i corrispettivi degli utenti del collegamento fisso e pagherà alla Femern Landanlæg dividendi che quest'ultima utilizzerà per rimborsare il proprio debito.

Nello specifico, la Femern Landanlæg percepirà l'80% dell'importo dei corrispettivi pagati dagli operatori ferroviari alla Banedanmark per l'utilizzo dei collegamenti ferroviari, conformemente alla ripartizione della proprietà di detti collegamenti ferroviari tra essa e tale gestore.

Infine la Banedanmark si farà carico della totalità dei costi connessi all'esercizio dei collegamenti ferroviari interni in Danimarca; i costi relativi alla loro manutenzione saranno tuttavia ripartiti tra la Femern Landanlæg e la Banedanmark in proporzione alle loro rispettive quote di proprietà.

3. – Con la decisione controversa, la Commissione ha approvato l'intervento a sostegno del comparto ferroviario danese, concludendo, da un lato, che le misure connesse al finanziamento della pianificazione del progetto potrebbero non costituire un aiuto di Stato e, dall'altro lato, che sarebbero in ogni caso compatibili con il mercato interno. Ha pertanto deciso di non sollevare obiezioni ai sensi dell'articolo 4, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 659/1999.

Successivamente, le autorità danesi hanno notificato alla Commissione le modalità di finanziamento pubblico del progetto, consistenti in conferimenti al capitale sociale delle due imprese nonché in garanzie e prestiti statali.

In particolare, la Commissione ha ritenuto che le misure di sostegno pubblico accordate alla Femern Landanlæg per il finanziamento dei collegamenti ferroviari interni in Danimarca non costituiscono aiuti di Stato, per il motivo che tali misure "non determinerebbero distorsioni della concorrenza, in quanto non esisteva una concorrenza «sul» o «per» il mercato della gestione e dell'esercizio

della rete ferroviaria nazionale ed i collegamenti ferroviari appartenenti a tale impresa sarebbero migliorati e gestiti dalla Banedanmark alle stesse condizioni delle altre sezioni della rete ferroviaria nazionale danese”.

In questo senso, la Commissione ha considerato la inidoneità delle misure ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, in quanto la gestione e l'esercizio della rete ferroviaria in questione erano effettuati in un mercato nazionale, separato e geograficamente chiuso, non aperto alla concorrenza. Quanto alle misure accordate alla Femern per il finanziamento del collegamento fisso, la Commissione ha dichiarato che, anche laddove dovessero costituire aiuti di Stato, sarebbero, in ogni caso, compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE.

4. – Con le due Cause T 630/15 e T 631/15, rispettivamente, la Scandlines Danmark e la Scandlines Deutschland, e la Stena Line Scandinavia, hanno presentato un ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa.

Con la prima sentenza impugnata, in accoglimento delle doglianze sollevate, il Tribunale ha annullato la decisione controversa nella parte in cui la Commissione aveva deciso di non sollevare obiezioni nei confronti delle misure accordate dal Regno di Danimarca alla Femern per la pianificazione, la costruzione e l'esercizio del collegamento fisso e ha respinto il ricorso quanto al resto.

Con la seconda sentenza impugnata, parimenti, il Tribunale ha annullato la decisione controversa nella parte in cui la Commissione aveva deciso di non sollevare obiezioni nei confronti delle misure accordate dal Regno di Danimarca alla Femern per la pianificazione, la costruzione e l'esercizio del collegamento fisso, in base ad una motivazione identica a quella adottata nella prima sentenza impugnata.

5. – Per la Corte di Giustizia, in via preliminare, quando la Commissione adotta una decisione di non sollevare obiezioni, non soltanto dichiara la misura compatibile con il mercato interno, ma rifiuta pure implicitamente, ma necessariamente, di avviare il procedimento d'indagine formale previsto all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE e all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 659/1999.

In questo senso, il procedimento previsto dall'art. 108, par. 2, TFUE, si dimostrerebbe indispensabile non appena la Commissione si trovi in serie difficoltà nel valutare se un aiuto sia compatibile o meno con il mercato interno. La Commissione, quindi, può limitarsi alla fase preliminare di cui all'art. 108, par. 3, TFUE per decidere a favore di un aiuto solo nel caso in cui sia in grado di acquisire la convinzione, in esito ad un primo esame, che tale aiuto è pienamente compatibile con il mercato interno. Per contro, qualora questo primo esame abbia convinto la Commissione del contrario, oppure non le abbia consentito di superare tutte le difficoltà inerenti alla valutazione della compatibilità di detto aiuto col mercato interno, essa è tenuta a chiedere tutti i pareri necessari e ad avviare, a tale scopo, il procedimento di cui all'art. 108, par. 2, TFUE.

In particolare, la qualificazione come «aiuto di Stato», a norma dell'art. 107, par. 1, TFUE, richiede che la misura in questione falsi o minacci di falsare la concorrenza, ai sensi di tale disposizione e, come sostenuto dalla Commissione nella sua comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, il fatto che uno Stato membro affidi a un'impresa pubblica un servizio pubblico soggetto a un monopolio legale non comporta, in talune circostanze, distorsioni di concorrenza, e che un vantaggio concesso al gestore di un'infrastruttura soggetta a un monopolio legale non può, nelle stesse circostanze, falsare la concorrenza. Tuttavia, come pure

precisato dalla Commissione, al fine di poter escludere una distorsione in simili circostanze è necessario che il monopolio legale non soltanto escluda la concorrenza «sul» mercato, ma anche la concorrenza «per» il mercato ossia qualsiasi concorrenza potenziale per la posizione di prestatore esclusivo del servizio in questione.

Nel merito, il fatto che la Banedanmark benefici di un monopolio legale per la gestione e l'esercizio dell'infrastruttura ferroviaria nazionale permette di constatare che il Regno di Danimarca è tenuto, mediante misure legislative, ad attribuire la gestione e l'esercizio dell'infrastruttura nazionale in modo esclusivo a tale operatore, così come richiesto dalla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza del 19 dicembre 2019, *Arriva Italia e a.*, C 385/18, EU:C:2019:1121, punto 58 e giurisprudenza *ivi* citata).

A giudizio della Corte di Giustizia, pertanto, il Tribunale, dopo aver constatato che la legislazione danese permetteva agli operatori stabiliti in altri Stati membri dell'Unione di avvalersi delle autorizzazioni rilasciate nel loro paese di origine, ne ha dedotto senza incorrere in un errore di diritto che il mercato della gestione o dell'esercizio delle infrastrutture ferroviarie in Danimarca non era, per ciò solo, aperto alla concorrenza.

Inoltre, il rilievo effettuato dal Tribunale, secondo il quale il diritto dell'Unione riconosce che l'infrastruttura ferroviaria costituisce un monopolio naturale, è risultato essere pertinente al fine di verificare se, a prescindere da quanto previsto dal diritto danese, il diritto dell'Unione osti al monopolio legale così come riconosciuto alla Banedanmark.

Alla luce di tali considerazioni, ne discenderebbe che il Tribunale ha potuto correttamente considerare che la legislazione danese istitutiva del regime di licenze per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria non implicava l'esistenza di una concorrenza «de lege» «sul» o «per» il mercato della gestione e dell'esercizio dell'infrastruttura nazionale per cui la Banedanmark detiene un monopolio legale, atteso oltretutto che l'attribuzione delle misure in questione a un'altra impresa, quale la Femern Landanlæg, istituita dal legislatore danese per garantire il finanziamento della parte del progetto relativa ai collegamenti ferroviari interni in Danimarca e che sarà altresì responsabile dell'esercizio e della manutenzione di questi ultimi, non è idonea a modificare tale constatazione.

Infatti, né dalla normativa danese relativa alla Femern Landanlæg né dallo statuto di tale società risulterebbe che quest'ultima eserciti o possa esercitare funzioni diverse da quelle affidatele per la realizzazione del progetto, così come la circostanza che la Banedanmark eserciti attività di manutenzione della rete ferroviaria danese in concorrenza con altre società e possa penetrare in altri mercati nazionali, non dimostrerebbe, da un lato, che le misure accordate alla Femern Landanlæg, e non alla Banedanmark, costituiscano un aiuto indiretto a favore della Banedanmark né, dall'altro lato, che simili misure siano atte a provocare distorsioni della concorrenza su un mercato sul quale opera la Femern Landanlæg.

Pertanto, contrariamente a quanto sostengono le società ricorrenti, la valutazione del Tribunale non è viziata da una carenza di motivazione laddove questo, dopo aver illustrato le disposizioni nazionali pertinenti, ha ritenuto che la Femern Landanlæg sia responsabile della realizzazione delle attività di costruzione e di esercizio dei collegamenti ferroviari, ma non sia in grado di svolgere essa stessa i compiti relativi alla manutenzione e alla costruzione della rete in concorrenza con altri operatori.

Inoltre, atteso che la Femern Landanlæg sarà «responsabile» della costruzione e della gestione, «inclusa la manutenzione» dei collegamenti ferroviari interni e che essa si farà carico dei relativi costi in proporzione alla sua quota di proprietà, mentre l'altra parte sarà a carico della Banedanmark, appare

evidente che solo la Banedanmark sarà responsabile della realizzazione di tali attività.

Ne consegue, pertanto, che la distinzione fatta dal Tribunale di primo grado tra i mercati della costruzione e della manutenzione dell'infrastruttura ferroviaria, sui quali la Femern Landanlæg non è «attiva», ed i mercati della gestione e dell'esercizio «in senso stretto» dell'infrastruttura ferroviaria si basa unicamente sulla distinzione tra la realizzazione concreta o meno, da parte di detta impresa, di tali differenti attività.

In questo senso, per valutare l'effetto sulla concorrenza delle misure concesse alla Femern Landanlæg, si deve tener conto delle attività di cui tale impresa è precisamente ed effettivamente diretta incaricata, laddove proprio perché la Femern Landanlæg non può assicurare essa stessa le attività di costruzione né quelle di manutenzione dei collegamenti ferroviari, il Tribunale ha potuto correttamente rilevare, che l'esistenza di società che realizzano tali attività sulla rete ferroviaria danese, in particolare a seguito di una messa in concorrenza mediante gara d'appalto finalizzata all'aggiudicazione di contratti, non è atta a dimostrare che le attività di gestione o di esercizio dell'infrastruttura ferroviaria svolte dalla Femern Landanlæg in tale settore siano anch'esse aperte alla concorrenza.

Infine, quanto agli argomenti secondo i quali le attività di tale impresa sono nondimeno esercitate in un mercato aperto alla concorrenza, come risulterebbe in particolare dal regime di licenze esistente in Danimarca, occorre rilevare che, in realtà, essi vertono sull'effetto sulla concorrenza delle misure accordate alla Femern Landanlæg e, conseguentemente, il Tribunale non è incorso in un errore di diritto non distinguendo le attività della Femern Landanlæg relative alla costruzione e alla manutenzione della rete ferroviaria da quelle relative all'esercizio, in senso stretto, di quest'ultima.

In conclusione, il Tribunale non è incorso in un errore di diritto ritenendo che la Commissione avesse correttamente constatato l'assenza di concorrenza sul mercato della gestione e dell'esercizio dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, laddove il Tribunale ha potuto altresì considerare senza errori di diritto, da un lato, che l'assenza di concorrenza su tale mercato impedisce alle società stabilite in altri Stati membri di penetrare in quest'ultimo e, dall'altro lato, che la legge relativa alla pianificazione e quella relativa alla costruzione, non permettono alla Femern Landanlæg di impegnarsi in attività diverse dalla pianificazione, dalla costruzione e dall'esercizio dei collegamenti ferroviari.

Il Tribunale ha quindi potuto dedurre, che le ricorrenti non erano riuscite a dimostrare che la Femern Landanlæg fosse autorizzata a svolgere attività diverse da quelle relative al progetto e potesse pertanto penetrare in mercati di altri Stati membri. Da quanto precede si evince che il Tribunale non è incorso in un errore di diritto ritenendo che, per quanto riguardava il criterio dell'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri, l'esame della Commissione non fosse viziato da un errore di diritto e che essa non avesse neppure incontrato serie difficoltà tali da obbligarla ad avviare il procedimento d'indagine formale.

Conseguentemente, poiché tutti i motivi sollevati dalle ricorrenti a sostegno delle loro impugnazioni principali sono stati respinti, tali impugnazioni devono essere respinte in toto.

6. – In conclusione, occorre rilevare come, nel complesso dell'*iter* logico-giuridico seguito, la Corte di Giustizia abbia operato un equilibrato bilanciamento, nello scrutinio delle censure mosse alle due sentenze impugnate, rispetto alle contrapposte esigenze di salvaguardia della stabilità del mercato ferroviario con la garanzia della libera concorrenza all'interno dello stesso, da un lato, rispetto alle esigenze "salvifiche" di intervento pubblico, dall'altro.

In questo senso, appare pienamente coerente con l'*aquis* euro-unitario l'esclusione operata dalla Commissione, nell'ambito dello scrutinio sulla sussistenza o meno di un aiuto di Stato, che il finanziamento pubblico del collegamento fisso ferroviario attraverso lo stretto di Fehmarn, proprio perché non presuppone l'esistenza stessa del mercato, sarebbe diretto proprio a consentire la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo.

L'assunto della Corte, in particolare, si pone in linea di continuità con i precedenti giurisprudenziali incentrati sulla lettura dell'art. 107, par. 1, TFUE nelle specificità proprie del contesto del mercato ferroviario, che, salvo deroghe contemplate dai Trattati, ritengono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra 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 (come espressamente richiamato dalla Corte, si v., in particolare, la Sentenza 7 marzo 2018, Causa C-127/16 P, *SNCF Mobilités*, c. Commissione europea, su questa rivista con nota di G. BEFANI su *DPCE on line*, 2018/2, 461 s.).

Ad ogni modo, nonostante la pronuncia in commento si esaurisca in una valutazione sostanzialmente procedurale sulle argomentazioni svolte dalla Corte rispetto al *decisum* di primo grado, appare tuttavia evidente come le considerazioni in materia di infrastrutture di rete, con particolare riferimenti ai nodi strategici di intermodalità transfrontaliera, impongano delle serie riflessioni volte a smarcare lo sviluppo infrastrutturale dal criterio mercatistico duro e puro sotteso al problema/tema degli aiuti di Stato, laddove, proprio in tali ambiti, rischierebbe di verificarsi il fenomeno inverso dei "disaiuti" di Stato (sul punto, si rinvia a G. Rossi, *I "disaiuti" di Stato* - Intervento al Seminario sugli aiuti di Stato Roma 9 giugno 2009 su [astrid on line www.astrid-online.it/static/upload/protected/Ross/Rossi_I-disaiuti-di-Stato1.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Ross/Rossi_I-disaiuti-di-Stato1.pdf)) nella misura in cui la dialettica tra pubblico e privato subisca uno squilibrio di forza nel bilanciamento fra economia e istituzioni, fra Stato e mercato, pregiudicando, in termini ideologici e di contrapposizione normativa, la possibilità di realizzare gli obiettivi di lungo periodo di integrazione "fisica" dei diversi mercati infra-europei e il superamento dei noti "colli di bottiglia".

In ultima analisi, pertanto, al netto di tali ultime osservazioni, appare definitivamente corretto, puntuale e coerente il rilievo della Corte secondo il quale l'affidamento a un'impresa pubblica di un servizio pubblico soggetto a un monopolio legale non comporti distorsioni di concorrenza, e che un vantaggio concesso al gestore di un'infrastruttura soggetta a un monopolio legale non può falsare la concorrenza, atteso che, come avvenuto nel caso di specie, il monopolio legale non soltanto esclude la concorrenza «sul» mercato, ma anche la concorrenza «per» il mercato ossia qualsiasi concorrenza potenziale per la posizione di prestatore esclusivo del servizio in questione.

Guido Befani

Dip.to di Scienze politiche e sociali

Università di Trieste

guido.befani@dispes.units.it