

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione
Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Antonio Leandro*

AUTORITÀ DI SISTEMA PORTUALE E CONCORRENZA:
PERCHÉ L'ESENZIONE DALL'IRES NON PUÒ COSTITUIRE
UN AIUTO DI STATO

SOMMARIO: 1. Premessa. L'esenzione dall'IRES come aiuto di Stato secondo la Commissione europea: sintesi dei motivi della decisione. – 2. Nozione di «aiuto di Stato» in rapporto a quelle di «impresa» e di «attività economica». – 3. La «misura» che costituisce «aiuto di Stato»: natura, vantaggio e selettività. – 4. Il sistema di riferimento e le deroghe. – 5. Scambi intra-UE e concorrenza: l'inapplicabilità della normativa all'esercizio del potere di imperio e alle pubbliche autorità. – 6. Regolamentazione delle infrastrutture portuali: le AdSP come proiezioni o moduli organizzativi dello Stato. – 7. *Segue*: riflessi sul regime di imposizione fiscale. – 8. Concessioni e gestione della infrastruttura portuale: la oggettiva «indissociabilità» delle attività economiche e delle conseguenti risorse dall'esercizio dei poteri pubblici. – 9. Assenza di condizioni «concorrenziali». – 10. Conclusioni.

1. *Premessa. L'esenzione dall'IRES come aiuto di Stato secondo la Commissione europea: sintesi dei motivi della decisione*

«L'esenzione dall'imposta sul reddito delle società [«IRES»] a favore delle autorità di sistema portuale [«AdSP»] costituisce un regime di aiuti esistente che è incompatibile con il mercato interno».

Così si esprime l'art. 1 della decisione che la Commissione europea ha emesso il 4 dicembre 2020¹, imponendo di conseguenza al Governo italiano di abolire detta esenzione in modo da sottoporre le AdSP a regolare imposizione fiscale dal 1° gennaio

* Professore associato di *Diritto internazionale* – Università degli Studi di Bari Aldo Moro – antonio.leandro@uniba.it

¹ Decisione della Commissione relativa al regime di aiuti SA.38399 2019/C cui l'Italia ha dato esecuzione. Tassazione dei porti in Italia (C (2020) 8498 def. del 4 dicembre 2020). D'ora innanzi, «Decisione».

2022. Poiché la «aiuto è esistente» al 1958, il Governo non è invece richiesto di esigere l'imposta non versata in passato.

La Commissione ha ritenuto l'esenzione delle AdSP dall'IRES non giustificata perché «non persegue un chiaro obiettivo di interesse pubblico, mentre le autorità portuali possono usare il risparmio d'imposta che ne deriva per finanziare qualunque tipo di attività o sovvenzionare i prezzi praticati dai porti ai clienti, a scapito dei loro concorrenti e della concorrenza leale»².

Ciò darebbe luogo per le AdSP a un vantaggio selettivo e competitivo sul mercato interno rispetto alle altre imprese, falsando le condizioni concorrenziali e nuocendo alla concorrenza leale.

La Commissione parifica, in particolare, gli utili generati dalle attività economiche della AdSP agli utili generati dalle società, rilevando il vantaggio per le prime dall'essere esentate dalle imposte pagate dalle seconde.

Inoltre, il fatto che le AdSP appartengono alla P.A. non giustificerebbe l'esenzione, come il Governo italiano sostiene in base al combinato disposto degli articoli 73 e 74 del Testo unico delle imposte sui redditi («TUIR»). Ciò che conta, secondo la Commissione, è la natura economica dell'attività svolta, non anche la natura giuridica del soggetto che la svolge. Tant'è che la Commissione ritiene compatibile con il regime degli aiuti di Stati gli incentivi erogati in favore delle attività non economiche svolte dalle AdSP, quali lo sviluppo dei trasporti e la creazione di apposite dedicate infrastrutture³.

Nelle pagine seguenti si intende evidenziare le criticità della misura adottata dalla Commissione in rapporto alla natura e alla funzione delle AdSP nell'ordinamento italiano, adducendo argomenti a sostegno delle osservazioni presentate dallo Stato italiano e dalle «parti interessate» nel carteggio che ha preceduto la decisione del 4 dicembre⁴.

Preliminarmente giova ricordare il quadro regolatorio degli aiuti di Stato suscettibile di applicazione al caso di specie; quadro al quale – è bene sottolineare – la Commissione è vincolata con limitati margini di discrezionalità⁵.

2. Nozione di «aiuto di Stato» in rapporto a quelle di «impresa» e di «attività economica»

La nozione di «aiuto di Stato» è un concetto giuridico autonomo derivante direttamente dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE»). Esso opera soltanto rispetto ad «imprese», ossia enti che esercitano un'attività economica, a

² Comunicato stampa del 4 dicembre 2020, in www.ec.europa.eu.

³ Vedi, ad esempio, la sezione 15 «Aiuti a favore dei porti marittimi» del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE (come modificato dal regolamento (UE) 2017/1084) e l'esenzione generale che riguarda i c.d. investimenti «non problematici» nei porti (es. spese per opere di dragaggio e di apertura delle vie di accesso ai porti).

⁴ Vedi *Decisione*, cit., par. 3

⁵ Cfr. in generale Commissione europea, *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del TFUE*, in *GUUE* C 262 del 19 luglio 2016, 1 ss.

prescindere dallo stato giuridico ad essi conferito dal diritto nazionale e a prescindere dalle modalità di finanziamento⁶.

In particolare, gli enti che appartengono alla P.A. sono riconducibili a detta definizione quando svolgono attività economica. Se, poi, essi svolgono sia attività economiche sia attività non economiche, la loro natura di «imprese» ai fini applicativi delle norme sugli aiuti di Stato è limitata alle prime attività «che siano separabili» dalle seconde⁷.

Dal canto suo, l'«attività economica» è l'attività consistente nell'offrire beni e/o servizi in un dato mercato⁸, la determinazione del quale dipende da come l'offerta dei beni e dei servizi è organizzata nello Stato membro.

3. La «misura» che costituisce «aiuto di Stato»: natura, vantaggio e selettività

La qualificazione di una misura statale come «aiuto di Stato» ai sensi dell'art. 107 TFUE dipende dal concorso delle seguenti condizioni: 1) la misura deve consistere in un intervento dello Stato o un intervento effettuato mediante risorse statali o che costituiscono un onere supplementare per lo Stato; 2) la sussistenza di un vantaggio per il beneficiario della misura; 3) la natura selettiva della misura e del conseguente vantaggio; 4) l'idoneità della misura ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri e a falsare o minacciare di falsare la concorrenza⁹.

Le risorse statali suscettibili di costituire un aiuto assumono sia la forma del trasferimento diretto sia quella della rinuncia a un'entrata che avrebbe dovuto essere versata allo Stato¹⁰. Tale è l'ipotesi dell'esenzione da entrate fiscali¹¹.

Complessivamente, la misura rappresenta un aiuto quando l'ente pubblico conferisce una risorsa destinata a creare per il destinatario una situazione finale più vantaggiosa rispetto a quella in cui il destinatario versava prima della misura o rispetto a quella in cui versano i suoi concorrenti avendo presente il c.d. «criterio dell'investitore operante in un'economia di mercato»¹². Al fine di accertare il vantaggio, non rilevano né la causa né lo scopo dell'intervento dello Stato, ma solo gli effetti della misura¹³.

⁶ Corte di giustizia, 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov*, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, punto 74 e giurisprudenza ivi citata. Le sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale sono consultabili sul sito www.curia.europa.eu.

⁷ Corte di giustizia, 11 luglio 1985, *Commissione c. Germania*, causa 107/84, punti 14 e 15; Tribunale, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris c. Commissione*, causa T-128/98, punto 108; Corte di giustizia, 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank GmbH*, C-138/11, punto 38.

⁸ Corte di giustizia, 16 giugno 1987, *Commissione c. Italia*, causa 118/85, punto 7; *Pavel Pavlov*, cit., punto 75.

⁹ Vedi di recente Corte di giustizia, 21 ottobre 2020, *Eco TLC*, causa C-556/19, punto 18 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰ Corte di giustizia, 16 maggio 2000, *Francia/Ladbroke Racing Ltd e Commissione*, C-83/98 P, punto 48 ss.

¹¹ Corte di giustizia, 15 marzo 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, punto 14.

¹² ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 3^a ed., Torino, 2020, 660 ss.

¹³ Corte di giustizia, 2 luglio 1974, *Italia c. Commissione*, 173/73, punto 27 ss.

La nozione di vantaggio si basa, però, sulla situazione finanziaria del beneficiario nel «proprio contesto giuridico e fattuale»¹⁴.

La selettività consiste nella capacità della misura di avvantaggiare (di diritto o di fatto) soltanto determinate imprese o determinate produzioni nello Stato membro che eroga la misura. In ogni caso, l'attività «aiutata» deve competere con altre nel settore di riferimento, risultando rafforzata rispetto a queste grazie alla risorsa ricevuta.

Ciò comporta che l'analisi della selettività sia compiuta in tre fasi: 1) individuare il sistema normativo o fattuale di riferimento; 2) accertare l'idoneità della misura a costituire una deroga a tale sistema; 3) accertare eventuali cause che giustificano la deroga alla luce della natura e della struttura generale del sistema¹⁵.

4. Il sistema di riferimento e le deroghe

In particolare, il sistema di riferimento è composto dall'insieme delle norme che, alla luce dell'obiettivo cui il sistema tende, si impongono a tutte le imprese che rientrano nel suo campo di applicazione. Nel settore delle imposte, gli elementi fondanti del sistema sono: la base imponibile, i soggetti passivi, l'evento imponibile e le aliquote fiscali¹⁶.

A un regime fiscale generale (o comune) può affiancarsi un regime fiscale speciale allorché le imprese che si trovano nelle condizioni di fatto e di diritto alle quali il primo è applicabile sono sottoposte a deroghe. Nel diritto dell'Unione europea, la deroga al regime fiscale generale che favorisce talune imprese o la produzione di determinati beni è una misura «a prima vista» selettiva¹⁷.

La selettività viene meno (e con essa l'illegittimità della deroga al regime generale) se essa è giustificata alla luce della struttura generale del sistema di riferimento, ossia quando la deroga poggia su principi informativi o basilari di tale sistema¹⁸.

5. Scambi intra-UE e concorrenza: l'inapplicabilità della normativa all'esercizio del potere di imperio e alle pubbliche autorità

Falsare (o minacciare di falsare) la concorrenza e incidere sugli scambi intra-UE sono due effetti «indissociabilmente connessi» nella nozione di aiuto di Stato¹⁹. Il primo si concretizza quando il beneficiario della misura migliora (o può migliorare) la sua posizione nei confronti delle imprese concorrenti, là dove – s'intende – esista una situazione di concorrenza.

¹⁴ Commissione, *Comunicazione*, cit., punto 72.

¹⁵ Cfr. *ex multis* Corte di giustizia, 8 settembre 2011, *Commissione c. Paesi Bassi*, C-279/08 P, punto 62.

¹⁶ Commissione, *Comunicazione*, cit., punto 34.

¹⁷ Commissione, *Comunicazione*, cit., punto 36.

¹⁸ Corte di giustizia, 8 settembre 2011, *Paint Graphos e altri*, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, punto 69 ss.

¹⁹ Tribunale, 15 giugno 2000, *Alzetta*, cause riunite T-298/97, T-312/97 ecc., punto 81.

L'incidenza sugli scambi è rilevante quando la concorrenza ha luogo tra imprese che operano in più Stati membri e quando essa è «più che marginale»²⁰. Circostanza, questa, che, ad esempio, non accade rispetto ai porti locali destinati a un'utenza non transfrontaliera²¹.

Tutto il quadro regolatorio descritto non si applica alle misure che lo Stato adotta nell'esercizio del potere di imperio²² ovvero se gli enti pubblici agiscono quali «pubbliche autorità»²³. Tra le attività estranee al regime degli aiuti di Stato compaiono «la sicurezza e il controllo del traffico marittimo»²⁴, la «sorveglianza antinquinamento»²⁵, la «valorizzazione e il rilancio di terreni pubblici da parte delle pubbliche autorità»²⁶.

Last but not least, Corte di giustizia e la stessa Commissione convergono nell'escludere anche le attività economiche che siano «indissociabili» dall'esercizio dei pubblici poteri²⁷, coerentemente con quanto detto in precedenza sulla assoggettabilità al regime degli aiuti di Stato delle attività economiche che invece siano «dissociabili»²⁸.

6. *Regolamentazione delle infrastrutture portuali: le AdSP come proiezioni o moduli organizzativi dello Stato*

La decisione della Commissione è da respingere perché muove da un'errata ricostruzione di natura, ruolo e finalità delle AdSP nel contesto della portualità italiana ed europea, con conseguente errata qualificazione del rapporto tra attività economiche e attività non economiche di tali enti in relazione ai «mercati portuali», in particolare ai porti di rilevanza economica nazionale e internazionale.

Alla luce della legge 28 gennaio 1994 n. 84, recante il riordino della legislazione in materia portuale, come riformata dal d.lgs. 4 agosto 2016 n. 169, le AdSP presentano i caratteri di enti pubblici non economici ad ordinamento speciale e autonomia amministrativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria che, nella gestione e regolamentazione di parte del demanio marittimo, delle operazioni portuali e dei servizi portuali, costituiscono proiezioni organizzative dello Stato. Di conseguenza, la natura e i proventi dell'attività economica che esse esercitano vanno commisurate alla funzione che lo Stato esercita, per il loro tramite, in ambito portuale²⁹.

²⁰ Commissione, *Comunicazione*, cit., punto 196.

²¹ V. Commissione, dec. SA.39403, Paesi Bassi, *Investimento nel porto di Lauwersoog*. Le decisioni della Commissione europea sono consultabili nel registro degli aiuti di Stato all'indirizzo web https://ec.europa.eu/competition/state_aid/register.

²² Corte di giustizia, 16 giugno 1987, *Commissione c. Italia*, cit., punti 7 e 8.

²³ Corte di giustizia, 4 maggio 1988, *Bodson*, causa 30/87, punto 18.

²⁴ Commissione, dec. N 438/02, Belgio, *Sovvenzioni alle amministrazioni portuali*.

²⁵ Corte di giustizia, 18 marzo 1997, *Calì & Figli*, causa C-343/95, punto 22.

²⁶ Commissione, dec. SA.36346, Germania, *GRW land*.

²⁷ Corte di giustizia, *Compass-Datenbank GmbH*, cit., punto 38; Commissione, *Comunicazione*, cit., par. 8.

²⁸ Cfr. *supra*, par. 2.

²⁹ La qualificazione delle AdSP testé proposta prescinde dagli schemi dei SIEG (*servizi di interesse economico generale*) e dal conseguente regime di deroga *ex art.* 106, par. 2, TFUE. La disposizione sottopone i SIEG alle regole di concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata». Poiché le AdSP operano, nella prospettiva qui

Tale ambito, peraltro, rappresenta il «contesto giuridico e fattuale» dal quale non si può prescindere per stabilire se ogni misura statale possa attribuire un *vantaggio selettivo*. Ed è un ambito conforme al quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e alle norme comuni in materia di trasparenza finanziaria dei porti introdotto dal regolamento (UE) 2017/352 del 15 febbraio 2017³⁰, il quale lascia agli Stati membri ampia discrezionalità nella determinazione della natura e delle funzioni degli enti gestori dei porti³¹.

Nell'esercizio di questa autonomia regolatoria, lo Stato italiano ha deciso di istituire le AdSP come sue proiezioni organizzative esercitando su di esse un controllo penetrante accostabile *mutatis mutandis* allo schema degli affidamenti *in-house* al fine di procurarsi beni e servizi ovvero di svolgere prestazioni a favore dell'interesse pubblico (collettività).

7. Segue: riflessi sul regime di imposizione fiscale

Trattandosi, dunque, di articolazioni della amministrazione pubblica, le AdSP non sono tenute all'imposta sul reddito per effetto non di una deroga, ma di un principio di diritto tributario accolto nell'art. 74 TUIR, espresso, dunque, nello stesso «sistema di riferimento» della misura contestata.

Al riguardo si ricordi, anzitutto, che l'art. 74 genericamente esclude dai soggetti imponibili le amministrazioni dello Stato e gli enti gestori del demanio collettivo, precisando che l'esercizio di funzioni statali non costituisce esercizio di attività commerciali. D'altro canto, l'art. 73 sottopone a imposta sul reddito gli «enti pubblici che hanno per oggetto *esclusivo o principale* l'esercizio di attività commerciali», restando esclusi gli enti che hanno per oggetto l'esercizio di attività non commerciali (ciò che contraddistingue gli enti pubblici non economici).

La collocazione delle AdSP tra i soggetti non imponibili riflette, pertanto, un principio basilare e informatore del «sistema di riferimento» della misura contestata³².

accolta, come proiezioni o moduli organizzativi dello Stato, esse non costituiscono una «impresa incaricata dell'adempimento di un obbligo di servizio pubblico» quale è, invece, il SIEG. In ogni caso, giova ricordare che, anche in relazione ai SIEG, la misura statale non costituisce aiuto quando essa funge da compensazione «diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese per assolvere obblighi di servizio pubblico» (Corte di giustizia, 24 luglio 2003, *Altmark*, C-280/00, punto 87), i quali in sé determinano una situazione di svantaggio rispetto alle altre imprese, operanti nello stesso mercato, che ne siano prive. La misura legittima copre i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, non riguardando quelli derivanti dalle altre attività eventualmente svolte dall'impresa.

³⁰ In *GUUE* L 57 del 3 marzo 2017, 1 ss.

³¹ Non a caso l'art. 2 n. 5 del regolamento (UE) 2017/352 definisce «ente di gestione del porto», «qualsiasi soggetto *pubblico o privato* il cui *obiettivo* è, o *al quale è conferito il potere*, ai sensi del diritto nazionale o di strumenti nazionali, di provvedere a livello locale, anche insieme allo svolgimento di altre attività, all'amministrazione e alla gestione di infrastrutture portuali e di una o più delle seguenti mansioni in un dato porto, vale a dire il coordinamento del traffico portuale, la gestione del traffico portuale, il coordinamento delle attività degli operatori presenti nel porto in questione e il controllo delle attività degli operatori presenti nel porto» (corsivo aggiunto).

³² Vedi le osservazioni del Governo italiano in *Decisione*, cit., par. 168 ss.

Poiché l'esenzione non esprime alcuna «deroga» al sistema di riferimento, tenendo presente il complesso dell'attività di matrice pubblicistica e non commerciale svolta dalle AdSP quale proiezione organizzativa dello Stato, l'art. 74 TUIR potrebbe generare discriminazioni (e risultare «selettivo») soltanto se enti di natura equivalente alle AdSP fossero sottoposti a imposta, non anche quando enti di natura diversa, attivi nel settore commerciale, lo sono. Ciò non è smentito, ma avvalorato, alla luce del legame fisiologico e indissociabile tra le attività non economiche e quelle economiche delle AdSP.

Una simile conclusione, collegata alla natura e alle funzioni delle AdSP, non è suscettibile di smentita dal *decisum* della Commissione. Questa, infatti, propone un accostamento tra utili da canone concessorio o tasse portuali e profitti di impresa, ma non quello tra AdSP e «imprese» concorrenti. Né la Commissione propone un chiaro accostamento tra le AdSP e le autorità che dirigono, gestiscono e regolano i porti negli altri Stati membri.

La Commissione non ha potuto proporre simili accostamenti, oltre che per l'unicità delle AdSP nel panorama europeo e internazionale (sulla quale a breve torneremo) sullo sfondo della varietà di enti gestori nei vari Stati membri, anche per la difficoltà di scartavetrarne la funzione pubblica al fine di individuare e isolare la gestione di un'attività economica in regime di concorrenza. Ed è quella funzione, connaturata a un modulo organizzativo dello Stato, che impedisce di scorgere un intento discriminatorio dello Stato nel trattare sotto il profilo dell'imposizione fiscale le AdSP diversamente dalle imprese prive di rapporto organico con lo Stato medesimo.

Non vale, dunque, l'argomento che la Commissione trae dalla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo il quale le «AdSP non sono rette da “principi di funzionamento peculiari che [le] differenziano nettamente dagli altri operatori economici” soggetti all'imposta sul reddito delle società»³³. Al contrario, le AdSP presentano incontestabilmente peculiarità tali da differenziarle da altri operatori economici. Tanto più perché la stessa Corte, poco prima di quel passaggio, afferma che, nella comparazione tra *imprese*, «è necessario accertare se esenzioni fiscali [...] siano tali da favorire talune imprese o talune produzioni rispetto ad altre imprese che si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga sotto il profilo dello scopo perseguito dal regime dell'imposta sulle società, ossia l'imposizione dei redditi delle società»³⁴. In altri termini, la giurisprudenza della Corte muove da una premessa composta (analogia tra le imprese e *ratio* della selettività) inapplicabile alle AdSP in ragione della natura e delle funzioni delle stesse, ancor prima che delle attività svolte e delle relative «produzioni».

La posizione delle AdSP non è quella di destinataria di una *misura selettiva*, rispetto alla quale occorre accertare la giustificazione alla luce della natura o della struttura generale del sistema in cui si inserisce³⁵, ma è la posizione di un soggetto non suscettibile di

³³ *Decisione*, cit., par. 171. Il riferimento è a Corte di giustizia, *Paint Graphos e altri*, cit., punto 55.

³⁴ Corte di giustizia, *Paint Graphos e altri*, cit., punto 54.

³⁵ Corte di giustizia, 8 novembre 2011, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

imposizione fiscale alla luce del contesto e del sistema tributario italiano nel quale si riflettono i suoi poteri e le rispettive attività.

Qualora, poi, la Commissione intendesse censurare la *ratio* in sé degli articoli 73 e 74 – esentare taluni soggetti dall'imposta in ragione della natura e dell'esercizio di funzioni pubbliche non esclusivamente economiche – l'effetto della censura potrebbe valere, ora e in futuro, anche per organi, amministrazioni dello Stato ed enti pubblici non economici diversi dalle AdSP, dando luogo a un'ingerenza della Commissione nella autonomia di ciascuno Stato in merito alla organizzazione e ripartizione delle funzioni pubbliche, al sostegno delle quali il gettito fiscale è funzionale.

8. *Concessioni e gestione della infrastruttura portuale: la oggettiva «indissociabilità» delle attività economiche e delle conseguenti risorse dall'esercizio dei poteri pubblici*

Nel concretizzare la proiezione organizzativa dello Stato all'esterno, ossia nei rapporti con imprese e soggetti privati, le AdSP si avvalgono delle comuni forme di *esternalizzazione* dell'attività amministrativa: appalti e concessioni.

Con riguardo alle seconde, resta immutato il quadro di esternalizzazioni compiute dallo Stato per il tramite delle AdSP, non potendo ravvisarsi l'esercizio di un'attività economica privata.

Anzi, le AdSP fungono, tramite gli atti concessori, da enti di regolamentazione e controllo della concorrenza tra imprese nell'accesso e nell'utilizzo del demanio avendo riguardo all'interesse collettivo della comunità portuale e degli utenti del porto³⁶. Pare evidente che lo Stato, tramite le AdSP, persegue obiettivi politici e interessi pubblici nel processo di selezione delle imprese che domandano l'accesso ai porti e alle operazioni portuali, sicché alle AdSP non può imputarsi il perseguimento di obiettivi e interessi differenti nella supervisione del processo concessorio, in particolare non può imputarsi ad esse l'esercizio di un'attività economica *dissociabile* da quella pubblica.

Solo scollegando questo connubio, come fa la Commissione, i canoni concessori e autorizzatori costituirebbero *soltanto i corrispettivi* per la fornitura di servizi e l'offerta di beni. E solo adombrando, come fa la Commissione, la finalità pubblicistica e collettiva dei servizi si potrebbe sostenere che questi esprimano soltanto un'attività economica³⁷.

Gli utili provenienti dai canoni concessori, dalle tasse portuali, dalle tasse di ancoraggio, dai proventi di autorizzazione per le operazioni portuali, sono, invece, a loro volta *risorse statali* destinate all'attività pubblica che lo Stato esercita tramite la «proiezione organizzativa-AdSP».

Gli utili restano, infatti, sotto il controllo pubblico delle AdSP e sono destinati a coprire i costi sostenuti nell'esercizio delle attività non economiche secondo schemi e

³⁶ Sulla concorrenza nell'accesso al demanio pubblico e alle risorse naturali v. Commissione, *Comunicazione*, cit., punto 53. Vedi le osservazioni di Confetra, in *Decisione*, cit., par. 60.

³⁷ Vedi osservazioni di Assoport, Confetra, Confrasperto-Confcommercio, FILT-CGIL, FIT-CISL, UILTRASPORTI, in *Decisione*, cit., par. 63.

destinazioni non suscettibili di modifica da parte delle AdSP rispetto a quelli previsti dalla legge³⁸.

Le AdSP, in altri termini, riflettono nel settore delle concessioni demaniali e nella gestione/regolamentazione delle operazioni e dei servizi portuali il bilanciamento tra principio di autorganizzazione dello Stato e principio di concorrenza nelle attività economiche portuali. Quest'ultimo è in particolare garantito dal ruolo delle AdSP come organo dello Stato: i canoni e le tasse riscossi dalle imprese sono destinati all'interesse pubblico per il quale le AdSP sono state concepite dallo Stato; interesse che, dunque, appartiene allo Stato.

Ciò impedisce di accostare i canoni di concessione ai canoni di locazione o ai prezzi di mercato³⁹: gli schemi della locazione *stricto sensu* scompaiono dinanzi agli schemi di una esternalizzazione dell'utilizzo di beni e di aree pubbliche destinati alla collettività.

Simili conclusioni non mutano per il fatto che le *infrastrutture* gestite e regolate dalle AdSP siano destinate anche ad attività economica e che il finanziamento pubblico dell'infrastruttura rientra, per queste attività, nel campo delle norme sugli aiuti di Stato. Un conto è, infatti, sussumere nelle norme sugli aiuti di Stati l'infrastruttura (porti) funzionale alle attività economiche e il finanziamento pubblico che incide sulla concorrenza tra le infrastrutture (porti)⁴⁰, altro sono il regime giuridico delle AdSP, quali proiezioni organizzative della P.A., e le risorse che esse destinano allo svolgimento della loro intera attività.

La natura «statale» delle AdSP – in quanto proiezione organizzativa dello Stato – implica che siano statali anche le risorse percepite dalle AdSP tramite canoni concessori e tasse portuali, non fosse altro perché le attività da cui queste risorse provengono sono strumentali e indissociabili alle attività non economiche.

Del pari strumentale e «simbiotica» è l'attività regolatoria rispetto a quella gestionale nella prospettiva del controllo della infrastruttura. Sicché, anche qualora si volesse enfatizzare il ruolo gestorio rispetto a quello regolatorio, non si potrebbe negare che la risorsa proveniente dal primo sia destinata a sostenere anche il secondo. In altre parole, le risorse così prodotte servono all'assolvimento di tutti i compiti delle AdSP (indirizzo, programmazione, coordinamento, regolazione, promozione e controllo delle aree e dei beni demaniali, delle operazioni e dei servizi portuali, dei sistemi logistici retro portuali e interportuali, etc.).

³⁸ La qualificazione delle somme riscosse come risorse statali peraltro vale anche se l'agente riscossore sia un ente privato purché le somme rimangono sotto il controllo pubblico: Corte di giustizia, 17 luglio 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06, punto 69 ss. Si condivide il rilievo secondo cui la tassazione del reddito delle AdSP priverebbe questa di risorse essenziali per lo svolgimento della «missione istituzionale»: vedi le osservazioni di Assoporti e altre parti interessate in *Decisione*, par. 79.

³⁹ Sulla impossibilità delle AdSP di intervenire sul valore del canone, nonché sulla incidenza della componente fissa rispetto a quella variabile nella determinazione finale della risorsa incassata v. le osservazioni del Governo italiano, in *Decisione*, par. 76 s.

⁴⁰ Vedi la prassi citata dalla Commissione in *Comunicazione*, cit., nota 316, e in *Decisione*, cit., par. 85 ss.

In definitiva, nessuno può contestare che le AdSP svolgano anche attività economica; nessuno può discutere che un ente pubblico possa essere considerato un'*impresa*; nessuno può controbattere l'ovvia constatazione che il «pagamento di una remunerazione costituisce [...] un elemento determinante per stabilire l'esistenza di un'attività economica»⁴¹; nessuno può, infine, eccepire una natura diversa alle singole attività economiche che la Commissione ha valutato a sostegno della sua decisione.

Tuttavia, non si può neanche contestare (o fingere di non vedere o ritenere non dimostrato) che le attività e i proventi economici delle AdSP sono oggettivamente *indissociabili* dalle preponderanti attività non economiche proprie della funzione pubblica che esse esercitano e per la quale sono state concepite. Il fatto, poi, che le attività economiche non siano *ausiliari* (ovvero siano principali) nella comparazione con quelle non economiche⁴², non incide sulla *indissociabilità* tra le due categorie di attività e, dunque, sul principale parametro che la stessa Commissione utilizza per escludere gli enti pubblici dalla nozione di *impresa* accolta nel regime degli aiuti di Stato⁴³.

Pare evidente che le AdSP rappresentino un *unicum* – legittimamente creato dallo Stato italiano, all'interno del quadro generale delineato dal regolamento (UE) 2017/352, e ben lontano dal concetto di «impresa» – nel panorama europeo e internazionale della gestione dei porti. La Commissione respinge questa *unicità* adducendo argomenti smentiti dalla realtà dei sistemi di riferimento.

9. Assenza di condizioni «concorrenziali»

Vi è di più. Le norme sugli aiuti di Stato sono inapplicabili alle AdSP, in relazione all'aiuto contestato, in base all'ulteriore prospettiva dell'assenza di condizione paritaria tra imprese che la misura dovrebbe alterare recando un vantaggio alle AdSP rispetto ad altri soggetti che operano sul mercato dei porti.

È noto che il mercato rilevante delle operazioni e dei servizi portuali supera il singolo porto. La crescente e agevole mobilità delle attività commerciali fa sì che un fattore concorrenziale risieda nella capacità di taluni porti stranieri di attrarre imprese portuali e armatori anche qualora lo sbocco dell'attività commerciale – all'esito della logistica e delle operazioni di trasporto a terra – debba avvenire in territorio italiano. In definitiva, il mercato dell'operazione portuale è indipendente o comunque separabile dall'area geografica portuale⁴⁴.

È condivisibile, dunque, l'impostazione della Commissione di espandere lo spettro della concorrenza alla logistica, al trasporto, al retroterra portuale⁴⁵. Meno condivisibile è

⁴¹ *Decisione*, par. 103 e giurisprudenza ivi citata.

⁴² Cfr. *Decisione*, cit., par. 117 ss.

⁴³ Vedi *Decisione*, cit., par. 120.

⁴⁴ Cfr. CARBONE, MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, Milano, 2019, *passim*.

⁴⁵ *Decisione*, cit., par. 140 ss.

pretendere che il Governo italiano dimostri ciò che è evidente *ictu oculi*, ossia che i porti italiani sono più in concorrenza con i porti del Nord Africa che con quelli europei⁴⁶.

Nondimeno è da chiedersi: rispetto a quali soggetti le AdSP avrebbero un vantaggio selettivo considerato che non vi sono in Italia porti privati o soggetti privati con prerogative analoghe ad esse? Avendo riguardo alle risorse contestate, va ricordato che il demanio marittimo non è suscettibile di una gestione privata analoga a quella operata dalle AdSP per mezzo delle concessioni.

Considerando ora i porti *europei* e i rispettivi *gestori*: difficilmente gli argomenti utilizzati dalla Commissione nelle decisioni assunte nei riguardi di Belgio, Francia e Paesi Bassi, sono utilizzabili anche nei riguardi dell'Italia tenendo presente l'*unicum* che le AdSP rappresentano nei termini suesposti, sullo sfondo della libertà che gli Stati hanno di forgiare gli enti gestori dei propri porti.

A ben vedere, la natura delle AdSP come proiezioni organizzative dello Stato pone l'analisi dei rapporti concorrenziali sul terreno dei rapporti fra Stati membri piuttosto che fra enti gestori: un terreno, questo, che, però, è privo di armonizzazione massima e, come tale, suscettibile di vedere detti Stati *competere* tra loro sotto il profilo del quadro regolatorio.

10. Conclusioni

Riepilogando e concludendo, la natura delle AdSP, quali proiezioni organizzative dello Stato italiano nella regolazione e nella gestione dei porti, priva di fondamento la decisione della Commissione europea di ritenere la loro esenzione dall'IRES incompatibile con il regime degli aiuti di Stato.

La indissociabilità delle attività economiche svolte dalle AdSP rispetto alle attività non economiche (l'esercizio di poteri pubblici) impedisce di scorporare le prime perfino nella lente degli aiuti di Stato, sebbene esse siano chiaramente distinte nei contenuti e voglia ammettersi che abbiano carattere principale al pari di quelle non economiche.

Il differente trattamento che ne deriva rispetto agli enti gestori degli altri Stati membri è la naturale conseguenza della natura, della struttura e del ruolo svolto dalle AdSP in un ambito nel quale gli Stati non sono imbrigliati dal diritto dell'Unione europea al momento di forgiare gli enti gestori dei propri porti.

L'esenzione dall'IRES è un riflesso di questo quadro di riferimento, non rappresentando né una deroga, né un'anomalia suscettibile di censura a carico dello Stato italiano.

Beninteso che il quadro di riferimento potrebbe mutare nella duplice prospettiva del diritto nazionale e del diritto dell'Unione europea per effetto (politico) della decisione della Commissione, le cui criticità sono state qui evidenziate sul piano giuridico.

⁴⁶ *Decisione*, cit., par. 156.

