CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE NIILO JÄÄSKINEN presentate il 24 marzo 2010 [1]

1. Con la sua impugnazione la Commissione delle Comunità europee chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 1º luglio 2008, causa T-266/02, Deutsche Post/Commissione (Racc. pag. II-1233; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con cui quest'ultimo ha annullato la decisione della Commissione 19 giugno 2002, 2002/753/CE, relativa a misure adottate dalla Repubblica federale di Germania a favore di Deutsche Post AG [2].

2. Nella decisione impugnata la Commissione ha considerato che, nell'ambito del processo di ristrutturazione dell'ex amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni tedesca, la Deutsche Post AG aveva ottenuto notevoli pagamenti compensativi provenienti da risorse statali. Tenuto conto, da un lato, della politica di vendita sottocosto nel settore del mercato dei pacchi postali, sanzionata dalla Commissione con una decisione del 20 marzo 2001 [3], che constatava un abuso di posizione dominante da parte della Deutsche Post AG, e, dall'altro lato, delle perdite registrate da quest'ultima nel periodo esaminato, la Commissione ha ritenuto che la politica di prezzi predatori della Deutsche Post AG avesse potuto essere finanziata solo per mezzo delle risorse da essa ricevute a compensazione della fornitura di servizi di interesse economico generale. Di conseguenza, la Commissione ha concluso per l'esistenza di un aiuto di Stato illegale.

3. Il Tribunale ha dichiarato che la Commissione aveva violato l'art. 87, n. 1, CE considerando che i trasferimenti statali avessero conferito un vantaggio alla Deutsche Post AG [4].

4. La questione principale nell'ambito della presente impugnazione è dunque quella relativa al metodo per stabilire se un'impresa incaricata di compiti di servizio di interesse economico generale abbia ottenuto una compensazione eccedente i costi aggiuntivi generati dalla fornitura di detto servizio, tale da costituire un vantaggio ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Tale questione si iscrive in un dibattito più ampio relativo alla determinazione della natura giuridica della compensazione

1 — Lingua originale: il francese.

2 — GU L 247, pag. 27; in prosieguo: la «decisione impugnata».

3 — Decisione della Commissione 20 marzo 2001, 2001/354/CE, in un procedimento a norma dell'articolo 82 del trattato CE (Caso COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (GU L 125, pag. 27).

4 — Siccome la sentenza impugnata è stata pronunciata il 1º luglio 2008, i riferimenti alle disposizioni del Trattato CE seguono la numerazione applicabile prima dell'entrata in vigore del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

degli oneri derivanti dalla prestazione di un servizio di interesse economico generale.

I — Fatti, procedimento e sentenza impugnata

5. La Deutsche Post AG è una grande impresa operante sia nel settore del trasporto della corrispondenza, nel cui ambito gode di un monopolio, sia in altri due settori postali, vale a dire il trasporto di pacchi e il trasporto dei periodici e dei giornali, che sono aperti entrambi alla concorrenza.

6. Nel settore del trasporto pacchi la Deutsche Post AG garantisce, da un canto, servizi di trasporto di pacchi depositati direttamente nei suoi uffici e, dall'altro, servizi di trasporto di maggiori quantitativi di pacchi che non vengono trattati direttamente allo sportello (in prosieguo: il «settore dei pacchi a domicilio»).

7. Per quanto riguarda il settore dei pacchi a domicilio, la Deutsche Post AG garantisce due servizi fondamentali: da un lato, la spedizione di pacchi tra clienti commerciali che smistano a monte o depositano un quantitativo minimo di pacchi (in prosieguo: il «segmento clienti commerciali») e, dall'altro, l'inoltro per conto di imprese di vendita per corrispondenza, che spediscono le merci ordinate via catalogo o via elettronica (in prosieguo: il «segmento della VPC»).

8. Nel contesto del processo di liberalizzazione e ristrutturazione dell'amministrazione postale, conformemente alla legge sull'organizzazione postale (Postverfassungsgesetz), la Deutsche Post AG ha ricevuto trasferimenti da parte della Deutsche Bundespost Telekom (in prosieguo: la «DB-Telekom») diretti a compensare le perdite subite dal 1990 al 1995 (in prosieguo: i «trasferimenti operati dalla DB-Telekom»).

9. Il 20 marzo 2001 la Commissione ha adottato la decisione 2001/354, in cui ha concluso, in sostanza, che la Deutsche Post AG aveva violato l'art. 82 CE perché aveva abusato della propria posizione dominante nel segmento della VPC, in particolare adottando una politica di vendita sottocosto nel cui ambito proponeva prezzi inferiori ai suoi costi incrementali.

10. Tale decisione, non essendo stata impugnata, è divenuta definitiva. Tuttavia, il fatto di avere applicato prezzi predatori e la

questione dell'ottenimento di un aiuto di Stato illegale sono due cose distinte.

11. Il 19 giugno 2002 la Commissione ha adottato la decisione impugnata, in cui ha esaminato in particolare l'aiuto finanziario statale in favore della Deutsche Post AG. La Commissione ha considerato che l'aiuto pubblico, per l'importo di EUR 572 milioni (ossia DEM 1 118,7 milioni), attribuito alla Deutsche Post AG era incompatibile con il mercato comune. Essa ha quindi ordinato il recupero dell'aiuto concesso illegalmente.

12. A seguito di un ricorso di annullamento proposto dalla Deutsche Post AG, il Tribunale ha accolto la censura di quest'ultima secondo cui la Commissione non aveva dimostrato che la Deutsche Post AG avesse tratto un vantaggio dai trasferimenti operati dalla DB-Telekom. Inoltre, dopo aver dichiarato che la Commissione aveva violato l'art. 87, n. 1, CE, il Tribunale si è pronunciato, ad abundantiam, sulla censura secondo cui la Commissione, in ogni caso, aveva erroneamente concluso che i trasferimenti operati dalla DB-Telekom avrebbero consentito alla Deutsche Post AG di coprire i costi aggiuntivi netti generati dalla sua politica di vendita sottocosto. Dopo aver analizzato i dati numerici relativi ai suddetti costi aggiuntivi netti, il Tribunale ha accolto anche tale censura.

II — Sull'impugnazione

13. A sostegno della sua impugnazione la Commissione deduce i seguenti motivi.

14. Si censura alla sentenza impugnata di aver violato gli artt. 87, n. 1, CE e 86, n. 2, CE. La Commissione fa valere che tali disposizioni sono state interpretate erroneamente dal Tribunale, in quanto sarebbe stato dichiarato che esse escludevano un metodo, peraltro non criticato nella sentenza, che autorizzava, sulla base di un'argomentazione logica e pertinente, a concludere per l'esistenza di un aiuto di Stato. La Commissione eccepisce altresì l'incompetenza del Tribunale e lamenta una violazione dell'art. 230 CE, giacché il Tribunale avrebbe ecceduto i limiti della sua competenza e del potere di controllo conferitogli da detto articolo. La Commissione invoca parimenti una violazione dell'art. 36 dello Statuto della Corte di giustizia, in quanto il Tribunale avrebbe omesso di motivare la propria conclusione quanto all'inadeguatezza del metodo utilizzato nella decisione impugnata.

15. Con lettera pervenuta alla Corte il 9 dicembre 2008, poi, il Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste eV (in prosieguo: il «BIEK») ha presentato una memoria a sostegno della parte ricorrente in impugnazione. Con lettera del 4 dicembre 2008 l'UPS Deutschland Inc. e l'UPS Europe NV (in prosieguo: l'«UPS») hanno depositato congiuntamente una memoria e un'impugnazione incidentale.

16. In merito alla questione principale, vale a dire alla determinazione del metodo che la Commissione poteva utilizzare nel caso di specie, quest'ultima propone alla Corte di esaminare tutti i motivi congiuntamente.

17. Mi sembra invece opportuno separare i motivi concernenti la motivazione principale della sentenza impugnata da quelli relativi alla motivazione ad abundantiam della stessa.

III — Osservazioni preliminari sulla portata del controllo giurisdizionale degli atti della Commissione in materia di aiuti di Stato

18. Anzitutto, si deve ricordare che la nozione di aiuto di Stato, come definita dal Trattato, deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi. Per questa ragione il giudice comunitario deve, in linea di principio e tenuto conto sia degli elementi concreti della causa sottopostagli sia del carattere tecnico o complesso delle valutazioni effettuate dalla Commissione, esercitare un controllo completo per stabilire se una misura rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE [5].

19. Come ha sottolineato l'avvocato generale Cosmas nelle conclusioni relative alla causa che ha dato luogo alla sentenza Francia/Ladbroke Racing e Commissione [6], sia la Corte che il Tribunale e il giudice nazionale, quando sono chiamati ad esaminare se sia o meno giustificato qualificare una misura nazionale come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87, n. 1, CE), devono esercitare – in via di principio e nella misura del possibile – un controllo di merito esaustivo. Questa regola può essere disapplicata solo se il giudice constata la presenza di condizioni specifiche che escludono la possibilità di un controllo giurisdizionale esteso. Secondo l'avvocato generale Cosmas, non si può affermare che, quando si pone un problema di interpretazione e di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato CE, queste condizioni particolari, che limitano le possibilità di intervento giudiziario sul merito della causa, sussisterebbero a priori.

20. Ne consegue che, nell'ambito del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti alla luce dell'art. 87, n. 1, CE, il controllo completo è la regola, mentre il controllo limitato rappresenta un'eccezione [7].

5 — V., in tal senso, sentenze 16 maggio 2000, causa C-83/98 P, Francia/Ladbroke Racing e Commissione (Racc. pag. I-3271, punto 25), e 1º luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, Chronopost/UFEX e a. (Racc. pag. I-4777, punto 141; in prosieguo: la «sentenza Chronopost II»).

6 — V. paragrafo 15 di dette conclusioni.

7 — È una situazione diversa da quella che si verifica in caso di applicazione dell'art. 87, n. 3, CE, vale a dire quando la Commissione è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una misura costitutiva di un aiuto di Stato. V. sentenza 11 settembre 2008, cause riunite C-75/05 P e C-80/05 P, Germania/Kronofrance (Racc. pag. I-6619, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).

21. In secondo luogo, per quanto riguarda le valutazioni economiche complesse, dalla giurisprudenza risulta che il sindacato giurisdizionale su un atto della Commissione che contenga una valutazione del genere deve limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, dell'insussistenza di errore manifesto nella valutazione di tali fatti o dell'insussistenza di sviamento di potere [8].

22. Tuttavia, si deve ricordare che, sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, non per questo il giudice comunitario può astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, dei dati di natura economica [9].

23. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, il giudice comunitario deve non solo verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma anche accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono [10]. A mio parere, fra tali elementi rientrano anche i metodi applicati.

24. È pacifico, nondimeno, che, nell'ambito di tale controllo, il giudice non può sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione [11].

25. I motivi sollevati nell'ambito della presente impugnazione devono quindi essere esaminati alla luce di tali principi.

8 — V. sentenza Chronopost II, cit. (punto 143).

9 — Nel settore delle concentrazioni, v. sentenze 15 febbraio 2007, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval (Racc. pag. I-987, punto 39), e 22 novembre 2007, causa C-525/04 P, Spagna/Lenzing (Racc. pag. I-9947, punto 56). V. T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlino, 2008, pag. 361. Secondo l'autore, a differenza del diritto tedesco, il diritto dell'Unione non distingue, in linea di principio, tra libertà di apprezzamento nella qualificazione dei fatti («Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite») e potere discrezionale quanto alle conseguenze giuridiche («Ermessen auf Rechtsfolgenseite»).

10 — V., in tal senso, sentenze 25 gennaio 1979, causa 98/78, Racke (Racc. pag. 69, punto 5); 22 ottobre 1991, causa C-16/90, Nölle (Racc. pag. I-5163, punto 12); Commissione/Tetra Laval, cit. (punto 39), e 18 luglio 2007, causa C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés/Commissione (Racc. pag. I-6557, punto 76).

11 — Ordinanza 25 aprile 2002, causa C-323/00 P, DSG/Commissione (Racc. pag. I-3919, punto 43), e sentenza Spagna/Lenzing, cit. (punto 57).

IV — Sul primo motivo dell'impugnazione principale

A — *Sulla prima parte del primo motivo*

1. Argomenti delle parti

26. Con la prima parte del suo primo motivo la Commissione, sostenuta dal BIEK e dall'UPS, rileva che il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto in quanto la sentenza impugnata non evidenzierebbe alcuna carenza del metodo adottato nella decisione impugnata.

27. Secondo la Commissione, tale decisione non si baserebbe su una semplice «ipotesi» ma, al contrario, su una conclusione fondata, vale a dire che essa è derivata attraverso un ragionamento logico da fatti già noti. A suo parere, si tratta di un processo deduttivo, che consente di trarre dai fatti A e B una conclusione C, la quale è parte integrante di qualsiasi decisione di questo tipo da essa adottata. Per illustrare il suo ragionamento, la Commissione si basa su un esempio secondo cui, se è dimostrato che un treno è partito dalla stazione A su un binario unico ed è arrivato come previsto alla stazione B, se ne può dedurre che esso è passato per la stazione C, posta su tale binario unico tra la stazione A e la stazione B.

28. La Commissione contesta al Tribunale di aver qualificato come «ipotesi» tale deduzione e di aver annullato la sua decisione senza indicare gli errori che la inficerebbero. Orbene, la deduzione fattuale della Commissione si fonderebbe sulla premessa che «il denaro deve pur provenire da qualche parte».

29. A tal riguardo la Commissione sottolinea che, siccome, da un lato, il servizio pacchi era un'operazione sottocosto e, dall'altro, l'impresa fornitrice del servizio di trasporto dei pacchi non realizzava altrove eccedenze che avrebbe potuto imputare al servizio pacchi, sarebbe stato giocoforza considerare che la sleale politica dei prezzi della Deutsche Post AG era stata finanziata con l'aiuto di Stato da essa percepito.

30. La Deutsche Post AG fa valere, in risposta agli argomenti della Commissione, che il Tribunale non era tenuto a specificare i motivi per cui il metodo scelto dalla Commissione non era corretto, in quanto la nozione di aiuto di Stato è una nozione oggettiva. La Commissione non disporrebbe, infatti, di un potere discrezionale per stabilire se un provvedimento costituisca o meno un aiuto di

Stato rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE.

2. Valutazione

31. Secondo il governo tedesco, intervenuto a sostegno della Deutsche Post AG, non si tratterebbe di una semplice disputa metodologica che non impedisce di raggiungere il medesimo risultato. Infatti, il metodo della Commissione si differenzierebbe dal punto di vista del risultato dall'altro metodo, che consente di valutare direttamente, vale a dire senza alcuna deduzione assertivamente obbligatoria, l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

a) La nozione di compensazione finanziaria nell'ambito di un servizio di interesse economico generale

34. Per quanto riguarda la determinazione della natura giuridica della compensazione finanziaria, da vari anni si contrappongono in giurisprudenza due orientamenti giuridici. Si tratta, da un lato, del criterio detto «aiuto di Stato» e, dall'altro, del criterio detto «della compensazione» [13].

32. Riferendosi alla sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg [12], il governo tedesco rileva che occorrerebbe prima quantificare, in base a determinati parametri, i costi aggiuntivi netti generati dagli obblighi di interesse generale incombenti ai servizi postali e poi rapportarli alle risorse trasferite a titolo di compensazione.

35. Secondo il criterio «aiuto di Stato», qualsiasi finanziamento pubblico di un obbligo di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

33. Infine, secondo il governo tedesco, non si tratterebbe di un caso di valutazione di rapporti economici complessi.

12 — Sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00 (Racc. pag. I-7747).

13 — M.Nettesheim, «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2002/6, pag. 253. L'autore distingue, da un lato, un metodo che interviene a livello dell'esame degli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato («Tatbestandslösung»), nell'ambito del quale le prestazioni compensatorie non sono considerate aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, e, dall'altro lato, due ulteriori metodi nell'ambito dei quali ogni prestazione compensatoria statale sarebbe, a livello concettuale, un aiuto, la cui compatibilità potrebbe essere fondata vuoi ex art. 86 CE («Spezialitätslösung»), vuoi ex art. 87 CE («Rechtsfertigungslösung»). V., altresì, C. Quigley, *European State aid law and policy*, Hart, Oxford, 2009, pagg. 158 e segg. V. anche conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa che ha dato luogo alla sentenza 20 novembre 2003, causa C-126/01, GEMO (Racc. pag. I-13769, paragrafi 94 e 95).

36. Questo tipo di finanziamento, tuttavia, può essere dichiarato compatibile con il mercato comune a seguito di un esame effettuato dalla Commissione, che può fondarsi sia sull'art. 87, nn. 2 e 3, CE sia sulla disposizione di cui all'art. 86, n. 2, CE. Tale approccio è illustrato, in particolare, dalle sentenze FFSA e a./Commissione [14] e SIC/Commissione [15]. Dopo aver considerato che la compensazione finanziaria sotto forma di vantaggio fiscale costituisce un aiuto di Stato, il Tribunale ha dichiarato, nella sentenza FFSA e a./Commissione, che la corresponsione di un aiuto di Stato può, ex art. 86, n. 2, CE, sfuggire al divieto di cui all'art. 87 CE quando l'aiuto di cui trattasi miri solo a compensare i costi supplementari generati dall'adempimento della missione particolare incombente all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale e la concessione dell'aiuto si riveli necessaria affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico ad essa imposti in condizioni di equilibrio economico [16].

37. Secondo il criterio della compensazione, che trae origine dalle sentenze ABDHU [17] e soprattutto Ferring [18], le compensazioni di obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato.

38. L'aiuto di Stato viene individuato solo quando la compensazione supera i costi aggiuntivi generati dall'obbligo di servizio pubblico. Nella causa ADBHU l'avvocato generale Lenz ha considerato che, quando le indennità non superano le spese annuali non coperte ed effettivamente accertate delle imprese, tenuto conto di un margine di utile ragionevole, non può essere questione di un vantaggio nel senso del Trattato [19]. La Corte ha accolto tale parere sottolineando che «nella fattispecie si tratta[va] non di aiuti ai sensi degli artt. 92 e seguenti del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 87 CE], ma della contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese di raccolta o di eliminazione» [20].

39. Come ha rilevato l'avvocato generale Tizzano nella causa Ferring succitata, se lo Stato impone determinati obblighi di servizio pubblico ad un'impresa, la copertura dei costi supplementari derivanti dall'adempimento di detti obblighi non arreca alcun vantaggio all'impresa in questione, ma serve semmai ad evitare un'ingiustificata situazione di svantaggio rispetto ai suoi concorrenti [21].

40. Un'alterazione delle normali condizioni di concorrenza sarà dunque possibile, secondo l'avvocato generale Tizzano, solo nel caso di compensazioni che eccedano i costi aggiuntivi netti derivanti dall'assolvimento degli

14 — Sentenza 27 febbraio 1997, causa T-106/95 (Racc. pag. II-229).

15 — Sentenza 10 maggio 2000, causa T-46/97 (Racc. pag. II-2125, punto 82). Può essere ricollegata a tale approccio anche la sentenza della Corte 15 marzo 1994, causa C-387/92, Banco Exterior de España (Racc. pag. I-877). V. conclusioni nella causa GEMO, cit. (paragrafo 99).

16 — Punto 178.

17 — Sentenza 7 febbraio 1985, causa 240/83 (Racc. pag. 531).

18 — Sentenza 22 novembre 2001, causa C-53/00 (Racc. pag. I-9067).

19 — V. conclusioni del 22 novembre 1984.

20 — Sentenza ADBHU, cit. (punto 18).

21 — V. paragrafo 61 di dette conclusioni.

obblighi di servizio pubblico [22]. Quando il finanziamento pubblico si limita a compensare uno svantaggio oggettivo imposto dallo Stato al beneficiario, non sussiste alcun vantaggio economico tale da causare distorsioni della concorrenza [23].

41. Il criterio della compensazione seguito dalla Corte nella citata sentenza Ferring è stato criticato dall'avvocato generale Léger nelle conclusioni relative alla causa Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg [24]. A suo parere, il criterio della compensazione contribuirebbe a stravolgere le disposizioni derogatorie in materia di aiuti di Stato, in quanto significherebbe esaminare la compatibilità dell'aiuto nell'ambito dell'art. 87, n. 1, CE [25].

42. Tuttavia, nella citata sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg la Corte ha dichiarato che, qualora sovvenzioni pubbliche concesse ad imprese cui sono stati esplicitamente attribuiti obblighi di servizio pubblico al fine di compensare i costi originati dall'adempimento di tali obblighi rispondano alle quattro condizioni indicate nella medesima sentenza, dette sovvenzioni non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE. Secondo la Corte, la compensazione di un obbligo di servizio pubblico non costituisce un vantaggio, in quanto non ha «l'effetto di collocar[e le imprese incaricate di prestare detto servizio] in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza». Per contro, l'intervento statale che non soddisfi una o più delle suddette condizioni dovrebbe essere ritenuto un aiuto di Stato ai sensi di tale disposizione [26].

43. Infine, nelle conclusioni relative alla causa che ha dato luogo alla citata sentenza GEMO, l'avvocato generale Jacobs ha proposto di applicare un'analisi del finanziamento statale di servizi di interesse generale che tenga conto

22 — Ibidem (paragrafo 62).

23 — Ibidem (paragrafo 63). Nella sentenza Ferring la Corte ha respinto l'analisi della nozione di vantaggio accolta dal Tribunale nella citata sentenza FFSA e a./Commissione.

24 — Come ha sostenuto l'avvocato generale Léger nelle sue seconde conclusioni del 14 gennaio 2003 relative alla citata causa Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, la nozione di vantaggio derivante dai trattati si basa su una concezione «lorda» dell'aiuto, ovvero sulla teoria del vantaggio «apparente». In base a tale impostazione, i vantaggi conferiti dalle autorità pubbliche e la contropartita posta a carico del beneficiario vanno esaminati separatamente. L'esistenza di tale contropartita non sarebbe pertinente per stabilire se la misura statale costituisca un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Essa verrebbe presa in considerazione solo in una fase successiva dell'analisi, per valutare la compatibilità dell'aiuto con il mercato comune (v. paragrafi 33 e 34).

25 — Seconde conclusioni nella causa Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (paragrafo 46).

26 — Sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, cit. (punti 87 e 94). Ad ogni buon fine ricordo che, secondo i criteri di detta sentenza: 1) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro; 2) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; 3) la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento, e 4) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente attrezzata per soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi.

della natura del rapporto tra il finanziamento concesso e gli obblighi d'interesse generale imposti, da un lato, e di quanto chiaramente tali obblighi siano definiti, dall'altro [27]. Egli ha soprattutto sottolineato che la scelta tra il criterio «aiuto di Stato» e il criterio della compensazione non rappresenta solo una questione teorica, ma determina importanti conseguenze pratiche e ha rilevanti implicazioni procedurali [28].

44. Certamente, ai fini della presente causa, la questione cruciale rimane quella dell'adeguatezza del metodo scelto dalla Commissione per accertare una situazione in cui la compensazione eccederebbe quanto necessario per coprire adeguatamente i costi supplementari derivanti da obblighi di interesse generale e, di conseguenza, per accertare l'eventuale vantaggio in capo all'impresa.

45. Tuttavia, ritengo che la scelta del metodo sia inscindibilmente connessa alla scelta operata dalla Corte su cosa intendere per compensazione di un servizio pubblico. Infatti, a mio parere, l'esigenza di individuare i costi aggiuntivi netti risulta in contrasto con il criterio sostenuto dalla Commissione secondo cui si potrebbe evitare il calcolo in concreto e basarsi su una presunzione. Le osservazioni che seguono ne costituiscono la dimostrazione.

b) La difficoltà di determinare i costi di un servizio di interesse economico generale

46. Ricordo che, nella sentenza SFEI e a., la Corte ha dichiarato, in merito alla prestazione di servizi di interesse economico generale, che ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un vantaggio economico era necessario determinare la remunerazione normale delle prestazioni in questione. Siffatta valutazione presuppone un'analisi economica che tenga conto di tutti i fattori che un'impresa operante in condizioni normali di mercato avrebbe dovuto prendere in considerazione nella fissazione del prezzo dei servizi forniti. Il vantaggio esiste se l'impresa beneficia di una misura statale che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato [29].

47. La difficoltà relativa alla determinazione dei costi è stata rilevata dal Tribunale già nel contesto della citata causa FFSA e a./

27 — Paragrafo 118. V. anche conclusioni nella causa che ha dato luogo alla sentenza 27 novembre 2003, cause riunite da C-34/01 a C-38/01, Enirisorse (Racc. pag. I-14243), nelle quali l'avvocato generale Stix-Hackl ha espresso dubbi in ordine alla possibilità di applicare la soluzione Ferring nel caso in cui gli obblighi di servizio pubblico non siano stati definiti in maniera chiara.

28 — Conclusioni nella causa GEMO, cit. (paragrafi 110-114).

29 — Sentenza 11 luglio 1996, causa C-39/34 (Racc. pag. I-3547, punti 60 e 61).

Commissione, laddove esso ha fatto riferimento alla necessità di tenere un sistema di contabilità analitica per le imprese incaricate di missioni di servizio pubblico le quali siano parallelamente impegnate in attività in settori concorrenziali [30].

48. Nella causa FFSA e a./Commissione la possibilità di una sovvenzione incrociata è stata esclusa in quanto l'importo dell'aiuto in questione restava inferiore ai costi supplementari generati dall'adempimento di un obbligo di servizio di interesse economico generale. Di conseguenza, il metodo utilizzato dalla Commissione è stato considerato idoneo a garantire in misura sufficiente che la concessione dell'aiuto di Stato non comportasse una sovvenzione incrociata contrastante con il diritto comunitario [31].

49. Rilevo che, successivamente, nella causa Chronopost e a./Ufex e a., la Corte ha fatto riferimento all'analisi degli elementi oggettivi e verificabili disponibili [32] precisando che «si p[oteva] escludere» l'esistenza di un aiuto di Stato a favore della SFMI-Chronopost «qualora, da un lato, [fosse stato] accertato che la contropartita richiesta copr[iv]a debitamente tutti i costi aggiuntivi variabili sopportati per la fornitura dell'assistenza logistica e commerciale, un contributo adeguato ai costi fissi conseguenti all'utilizzazione della rete postale nonché una remunerazione adeguata dei capitali propri nella parte in cui essi [era] no destinati all'attività concorrenziale della SFMI-Chronopost, e qualora, dall'altro, nessun indizio [avesse fatto] ritenere che tali elementi [erano] stati sottovalutati o stabiliti in modo arbitrario» [33].

50. Inoltre, sia il criterio della compensazione di cui alla citata sentenza Ferring [34] che le precisazioni relative alla compensazione figuranti nella terza e nella quarta condizione della sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg depongono a favore della necessità di un calcolo preciso e di un controllo della ripartizione dei costi [35]. La giurisprudenza successiva alla sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg tende a chiarire le menzionate condizioni [36].

30 — Punto 186. A tal riguardo rilevo che l'atto applicabile nel caso di specie era la direttiva della Commissione 25 giugno 1980, 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (GU L 195, pag. 35).

31 — Ordinanza 25 marzo 1998, causa C-174/97 P (Racc. pag. I-1303, punto 33).

32 — Sentenza 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P (Racc. pag. I-6993; in prosieguo: la «sentenza Chronopost I»). Al punto 38 di detta sentenza la Corte ha precisato che, «in mancanza di qualsiasi possibilità di paragonare la situazione di La Poste con quella di un gruppo privato di imprese che non opera in un settore riservato, le "condizioni normali di mercato", che sono necessariamente ipotetiche, devono valutarsi con riferimento agli elementi obiettivi e verificabili che sono disponibili».

33 — Ibidem, punto 40.

34 — Punto 33.

35 — Le condizioni Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg sono riportate supra, alla nota 26.

36 — V. sentenza Enirisorse, cit., nonché sentenza del Tribunale 12 febbraio 2008, causa T-289/03, BUPA e a./Commissione (Racc. pag. II-81, punto 160), in cui il Tribunale ha dichiarato che occorreva dare prova di flessibilità nell'applicazione della sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, facendo riferimento allo spirito e allo scopo delle condizioni ivi indicate.

51. Ricordo che, nella decisione 28 novembre 2005, 2005/842/CE, riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale [37], la Commissione ha dichiarato che la compensazione non eccedeva quanto necessario per coprire i costi sopportati per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenuto conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole del capitale proprio necessario per l'adempimento di detti obblighi. Secondo la Commissione, la compensazione deve essere effettivamente utilizzata per assicurare il funzionamento del servizio di interesse economico generale in questione, senza pregiudizio per la capacità dell'impresa di approfittare di un vantaggio ragionevole [38]. Risulta inoltre da tale decisione che i costi da prendere in considerazione includono tutti i costi determinati dalla gestione del servizio di interesse economico generale [39].

52. Per quanto riguarda il metodo di calcolo da applicare nel caso di specie, risulta dal punto 69 della decisione impugnata che il governo tedesco aveva proposto di definire e di calcolare i costi aggiuntivi specifici connessi all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico determinando la differenza tra i costi eccezionali sopportati dalla Deutsche Post AG in quanto ex amministrazione pubblica per assolvere tali obblighi e i costi normali generati da prestazioni equiparabili proposte in un contesto concorrenziale. Detta proposta rinvia al calcolo in concreto e sembra accettabile.

53. Tuttavia, secondo alcuni autori, siffatto criterio potrebbe condurre ad un abuso della nozione di «costo aggiuntivo netto» di cui alla citata sentenza Ferring, in quanto i costi derivanti dalla mancanza di efficienza dell'impresa interessata potrebbero essere presi a carico dallo Stato membro [40].

54. A tal riguardo rilevo che la questione dell'inefficienza posta in questi termini rientra nell'ambito di una discussione più ampia relativa ai sistemi di regolamentazione dei prezzi basati sul principio della compensazione dei costi. Infatti, un'inefficienza di un certo livello è inerente a qualsiasi sistema di questo tipo allorché l'impresa non è sufficientemente

37 — GU L 312, pag. 67.

38 — «L'importo della compensazione comprende tutti i vantaggi accordati dallo Stato o mediante risorse statali sotto qualsiasi forma. Il margine di utile ragionevole tiene conto interamente o in parte degli aumenti di produttività realizzati dalle imprese in questione durante un periodo determinato e limitato senza ridurre il livello qualitativo dei servizi affidati dallo Stato alle imprese» (art. 5 della decisione).

39 — Nella detta decisione è proposto di calcolare i costi sulla base dei principi di contabilità analitica.

40 — V. M. Nettesheim, op.cit., e A. Bartosch, «The "Net Additional Costs" of Discharging Public Service Obligations: The Commission's Deutsche Post Decision of 19 June 2002», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 1 (2002), n. 2, pag. 189.

indotta a minimizzare i costi per i quali pensa di ottenere una compensazione [41].

55. La soluzione potrebbe venire dall'introduzione di un obiettivo di aumento dell'efficienza nell'ambito della compensazione dei costi di un servizio di interesse economico generale. Rilevo che l'interpretazione della quarta condizione della sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg conduce a prendere in considerazione un criterio di efficienza e di ottimizzazione dei costi. A mio avviso, tale criterio rientra in una logica di sostegno ad una sana concorrenza sul mercato dell'Unione.

c) Il calcolo effettuato dalla Commissione nel caso di specie

56. Si deve rilevare anzitutto che, nella decisione impugnata, la Commissione non ha proceduto ad un calcolo effettivo dei costi. La Commissione giustifica, anzi, il proprio approccio con la razionalizzazione del procedimento. A suo avviso, poiché è sua buona prassi amministrativa privilegiare un metodo che le consente di trattare rapidamente ed efficacemente le obiezioni sollevate dai contendenti, non spetterebbe al Tribunale scegliere, al suo posto, il metodo da applicare.

57. Riassumendo, la Commissione ha concluso per l'esistenza di un aiuto di Stato dopo avere constatato trasferimenti da parte della DB-Telekom e costi aggiuntivi netti generati nel settore aperto alla concorrenza dei servizi di consegna dei pacchi a domicilio, nonché il deficit registrato dalla Deutsche Post AG. Pertanto, la Commissione non ha cercato di determinare la differenza tra gli importi di cui la Deutsche Post AG ha beneficiato e i costi realmente sopportati dalla stessa nell'ambito della fornitura di un servizio di interesse economico generale al fine di individuare il costo aggiuntivo netto che avrebbe costituito quindi un vantaggio.

58. Per quanto riguarda i dettagli del calcolo effettuato dalla Commissione, ritengo che il Tribunale abbia dichiarato giustamente che il nesso tra la politica dei prezzi predatori e l'ottenimento dei trasferimenti statali era dubbio.

59. Infatti, la Commissione non ha minimamente dimostrato che gli importi in questione fossero destinati al settore che ha generato le perdite. Benché, secondo i documenti di cui dispone la Commissione, l'ex Bundespost temesse una stasi nel volume di traffico e la perdita di quote di mercato e vedesse minacciata la sua leadership di mercato, tali circostanze di per sé non dimostrano assolutamente che

41 — Nella dottrina economica si parla di un'«allocative efficiency»; v. J. S. Netz, *Price regulation, a non technical overview*, 1999, nonché D. F. Spulber, *Regulation and markets*, MIT, 1989, pag. 134.

i trasferimenti controversi siano stati utilizzati per finanziare la sua aggressiva politica di prezzi.

60. A mio parere, non si può escludere che la Deutsche Post AG abbia potuto ricorrere ai vantaggi conseguiti nei settori non aperti alla concorrenza, quale il monopolio del trasporto della corrispondenza, per finanziare tale politica di sconti, peraltro sanzionata dalla Commissione. Non è dimostrato nemmeno che essa non abbia potuto aumentare il proprio indebitamento.

61. Nei suoi scritti la Deutsche Post AG fa valere peraltro che aveva diritto al rimborso dei costi netti di un servizio di interesse economico generale per il periodo compreso tra il 1990 e il 1994, a prescindere dalla questione se, negli anni successivi al 1994, essa abbia realizzato utili o perdite. La Deutsche Post AG afferma inoltre di avere già consumato le risorse derivanti dai trasferimenti statali al 1º gennaio 1995, con la conseguenza che le perdite da essa subite tra il 1995 e il 1998 non potrebbero minimamente essere coperte con la compensazione.

62. A tal riguardo la debolezza del metodo applicato dalla Commissione è particolarmente evidente. Infatti, il calcolo da essa effettuato avrebbe dovuto essere circoscritto nel tempo, definendo il periodo rispetto al quale analizzare la concessione delle compensazioni. Idealmente, si dovrebbe procedere a un calcolo distinto della redditività di ciascun aspetto delle attività indicate nel bilancio dell'impresa.

63. Il metodo scelto dalla Commissione non spiega per quale motivo si debba presumere, mentre la situazione della Deutsche Post AG era caratterizzata al contempo, da un lato, da un costo aggiuntivo netto generato da un servizio di interesse economico generale e, dall'altro, da un deficit risultante da una politica aggressiva dei prezzi, che le risorse statali in questione abbiano finanziato le perdite; eppure, per qualificarle come aiuti, dette risorse devono essere destinate a un servizio di interesse economico generale e correlate ai suoi costi.

64. Inoltre, nonostante il deficit complessivo della ricorrente, che la Commissione imputa agli esercizi cui ha applicato il suo metodo di calcolo, si deve rilevare che la Deutsche Post AG ha innegabilmente realizzato utili, ancorché inferiori alle spese.

65. Come sottolinea il governo tedesco, le spese includono sia i costi aggiuntivi netti giustificati dagli obblighi di interesse generale incombenti ai servizi postali e, a tal titolo, suscettibili di formare oggetto di una compensazione da parte dello Stato, sia altri costi che non possono invece essere oggetto di alcuna compensazione.

66. Orbene, applicata ad altri costi della Deutsche Post AG, la tesi della Commissione secondo cui la politica in perdita è stata necessariamente finanziata con i trasferimenti pubblici conduce a un risultato paradossale. Come ha rilevato il governo tedesco, se si seguisse tale ragionamento nessuna spesa potrebbe essere coperta con altri introiti propri della Deutsche Post AG, dato che quest'ultima ha subito perdite nel periodo in questione. Pertanto, ogni spesa risulterebbe finanziata con risorse pubbliche.

67. Peraltro, come fa valere la Deutsche Post AG nei suoi scritti, la Commissione non ha tenuto conto del fatto che, nella realtà economica, quando le perdite imputabili ad un esercizio non possono essere compensate con risorse proprie, esse vengono registrate come perdite riportate al bilancio dell'anno seguente. Di conseguenza, la Commissione non poteva considerare che il deficit del servizio di ritiro e di consegna dei pacchi a domicilio fosse «necessariamente» finanziato con i trasferimenti operati dalla DB-Telekom [42].

68. Nello stesso senso, condivido la posizione del Tribunale laddove esso dichiara che la Commissione non ha tenuto sufficiente conto degli oneri in cui la Deutsche Post AG era subentrata. Vista l'ampiezza delle attività della Deutsche Post AG, e in particolare il suo ruolo di impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale, non si può ignorare a priori l'impatto di tali costi ereditati dal passato. Orbene, come risulta dal punto 84 della sentenza impugnata, nonostante le informazioni fornite dal governo tedesco, la Commissione non ha tratto alcuna conclusione a tale riguardo.

69. Infine, per quanto concerne le incontestabili difficoltà cui può essere confrontata la Commissione nell'esercizio del controllo sul finanziamento di un servizio di interesse economico generale, rilevo che esiste una differenza tra le difficoltà relative ai dati economici e la loro valutazione, da un lato, e le difficoltà di ordine amministrativo, dall'altro.

70. Per quanto attiene alle difficoltà relative ai dati economici, non si può escludere che, in talune circostanze, lo Stato membro interessato non sia in grado di fornire alla Commissione informazioni precise riguardo, ad esempio, alla destinazione interna dei costi generali o all'adeguata remunerazione dei capitali propri, dato che essi sono destinati alle diverse attività. In tal caso, sono dell'avviso che sia possibile fare ricorso a una presunzione basata sull'esperienza o sul buon senso.

42 — Così, secondo me, l'esempio di un binario unico addotto dalla Commissione non è pertinente, in quanto il sistema di finanziamento dell'impresa non costituisce un sistema chiuso, bensì un sistema aperto alimentato da varie fonti di finanziamento, compresi i debiti.

71. Per quanto concerne le difficoltà amministrative, come ha ricordato il Tribunale al punto 75 della sentenza impugnata, la Commissione dispone di competenze che le consentono di ingiungere allo Stato membro di fornirle tutti i documenti, le informazioni e i dati necessari per esaminare la compatibilità dell'aiuto con il mercato comune [43]. Solo nel caso in cui lo Stato membro ometta di fornire le informazioni richieste, nonostante l'ingiunzione della Commissione, quest'ultima ha il potere di porre fine al procedimento e di emanare la decisione che dichiara la compatibilità o l'incompatibilità dell'aiuto col mercato comune in base agli elementi di cui dispone [44].

72. Di conseguenza, in mancanza di ingiunzione, la Commissione non può chiudere il procedimento e adottare la decisione sulla base dei dati disponibili.

d) Sul ragionamento del Tribunale

73. In risposta alla censura secondo cui la Commissione non ha dimostrato che la Deutsche Post AG abbia goduto di un vantaggio, il Tribunale ha ricordato, al punto 78 della sentenza impugnata, le varie fasi del ragionamento della Commissione esposto nella decisione impugnata. Il Tribunale ha ricordato altresì, nel medesimo punto, la posizione espressa dalla Commissione nel corso dell'udienza [45].

74. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione nell'impugnazione, sono dell'opinione che, nell'ambito del ragionamento che ha indotto il Tribunale, al punto 88 della sentenza impugnata, a dichiarare che la Commissione non aveva dimostrato l'esistenza di un vantaggio, il Tribunale non abbia privilegiato il proprio metodo di calcolo. Esso, in realtà, ha rilevato carenze inerenti al problema della portata dell'onere della prova che incombe alla Commissione nel contesto dell'esame degli aiuti di Stato.

75. Il Tribunale ha verificato il modo in cui la Commissione ha proceduto nel caso di specie e ha constatato che essa si era astenuta dall'accertare se l'importo dei trasferimenti operati dalla DB-Telekom eccedesse l'importo dei costi aggiuntivi netti rilevati della Deutsche Post AG.

43 — Sentenza 14 febbraio 1990, causa C-301/87, Francia/Commissione (Racc. pag. I-307, punti 19 e 20; in prosieguo: la «sentenza Boussac»). Come ha precisato il Tribunale al punto 75 della sentenza impugnata, tali requisiti sono stati ripresi nel regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'articolo [88 CE] (GU L 83, pag. 1).

44 — V. sentenza Boussac, cit. (punto 22), nonché sentenza del Tribunale 29 marzo 2007, causa T-366/00, Scott/Commissione (Racc. pag. II-797, punto 144).

45 — Secondo tale posizione, poiché la ricorrente non aveva dimostrato di aver coperto gli asseriti costi aggiuntivi netti generati dalla sua politica di vendita sottocosto con risorse diverse dai trasferimenti operati dalla DB-Telekom, la Commissione poteva legittimamente presumere che la Deutsche Post AG avesse beneficiato di un aiuto di Stato pari a DEM 1 118,7 milioni.

76. Pertanto, il Tribunale ha esposto, conformemente all'art. 36 dello Statuto della Corte di giustizia [46], i motivi per i quali ha ritenuto che la decisione della Commissione fosse viziata da insufficienza e inesattezza.

77. Inoltre, per quanto riguarda la portata del controllo esercitabile dal Tribunale, si deve rilevare, alla luce della giurisprudenza citata ai paragrafi 18-24 delle presenti conclusioni, che il Tribunale ha correttamente ricordato al punto 90 della sentenza impugnata che la qualificazione di una misura come aiuto di Stato non può, in linea di principio, giustificare, in mancanza di circostanze particolari dovute segnatamente alla natura complessa dell'intervento statale di cui trattasi, il riconoscimento di un ampio potere discrezionale alla Commissione.

78. Al punto 91 della sentenza impugnata il Tribunale ha quindi rilevato giustamente che, se è vero che la giurisprudenza ha riconosciuto alla Commissione un certo margine di discrezionalità nell'adozione del metodo più adeguato ad accertare l'assenza di sovvenzioni incrociate a vantaggio delle attività concorrenziali, nondimeno la Commissione non poteva, conformemente alla citata sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, qualificare come aiuto di Stato risorse statali concesse a compensazione di costi aggiuntivi connessi allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale.

79. Risulta dunque chiaramente dalla prima frase del punto 91 della sentenza impugnata che la critica del Tribunale verte sulla qualificazione giuridica, e non sull'analisi dei fatti, operata dalla Commissione.

80. Di conseguenza, il Tribunale non era tenuto ad accertare quale fosse la portata del potere discrezionale della Commissione e, quindi, l'ampiezza del controllo del giudice dell'Unione sugli accertamenti fattuali in questione. Al contrario, senza essersi pronunciato esplicitamente sulla questione se si trattasse, nella specie, di valutazioni economiche complesse o meno, esso ha contestato alla Commissione, nella seconda frase del punto 91 della sentenza impugnata, di essersi basata su una presunzione per concludere nel senso dell'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

81. Il ragionamento del Tribunale rimane quindi entro i limiti del potere di controllo giurisdizionale di cui esso dispone nell'ambito del controllo di legittimità.

82. Di conseguenza, tenuto conto di tutti gli elementi che precedono, ritengo che il Tribunale non abbia assolutamente violato gli artt. 87, n. 1, CE, 86, n. 2, CE e 230 CE. La

46 — Applicabile al Tribunale in forza dell'art. 53 dello Statuto della Corte di giustizia.

questione della violazione dell'art. 36 dello Statuto della Corte di giustizia non si pone più. Propongo quindi alla Corte di respingere questo mezzo in quanto infondato.

2. Valutazione

85. Con questa parte del primo motivo la Commissione si limita a ribadire il proprio argomento relativo alla fondatezza del metodo da essa applicato al fine di accertare l'esistenza di un aiuto illegale.

B — *Sulla seconda parte del primo motivo*

86. Di conseguenza, tenuto conto della risposta data alla prima parte del primo motivo, ritengo che l'argomento della Commissione possa essere subito respinto.

1. Argomenti delle parti

87. In ogni caso, le affermazioni formulate dalla Commissione nell'ambito della seconda parte del motivo richiedono da parte mia le osservazioni che seguono.

83. Nell'ambito della seconda parte del primo motivo la Commissione, sostenuta dall'UPS, fa valere che il Tribunale le ha contestato erroneamente di non aver esaminato tutti gli elementi di prova. La Commissione critica quindi i punti 78, 85, 86, 87 e 88 della sentenza impugnata.

88. Anzitutto, ricordo che, secondo un principio generale del diritto, chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, regola spesso espressa con il celebre brocardo latino «ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat» [47].

84. La Commissione affronta in tale contesto la questione dell'onere della prova. Essa sostiene che incombeva in via principale alla ricorrente, nel procedimento dinanzi al Tribunale, dimostrare l'illegittimità del metodo utilizzato dalla Commissione e che essa non era tenuta a dimostrare che il metodo adottato dal Tribunale fosse «impossibile».

47 — Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa che ha dato luogo alla sentenza 7 settembre 2006, causa C-526/04, Laboratoires Boiron (Racc. pag. I-7529, paragrafo 68). Per un esplicito riconoscimento della validità di tale principio anche nel contenzioso comunitario, v. sentenza del Tribunale 10 maggio 1990, causa T-117/89, Sens/Commissione (Racc. pag. II-185, punto 20). V. anche sentenze 28 giugno 1988, causa 3/86, Commissione/Italia (Racc. pag. 3369, punto 13), e 5 ottobre 1989, causa 290/87, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. 3083, punti 11 e 20).

89. Di conseguenza, dichiarando che incombeva alla Commissione dimostrare che i provvedimenti in questione costituivano un aiuto di Stato illegale, il Tribunale ha applicato correttamente le norme che disciplinano l'onere della prova.

90. Del resto, rilevo che il Tribunale ha dichiarato, alla luce degli elementi del fascicolo, che la Commissione non aveva verificato se l'importo totale dei trasferimenti operati dalla DB-Telekom fosse inferiore all'importo totale dei costi aggiuntivi netti generati dal servizio di interesse economico generale.

91. Così facendo, esso ha proceduto ad una valutazione dei fatti che l'ha condotto a dichiarare che non era stata dimostrata l'esistenza di un aiuto illegale. Siffatta valutazione, salvo il caso del travisamento degli elementi di prova addotti dinanzi al Tribunale, non costituisce una questione di diritto, come tale soggetta al sindacato della Corte [48].

92. Orbene, poiché la Commissione non ha eccepito alcun travisamento degli elementi di prova, propongo alla Corte di respingere in quanto infondata la seconda parte del primo motivo.

48 — V., in particolare, sentenza 11 novembre 2004, cause riunite C-186/02 P e C-188/02 P, Ramondín e a./Commissione (Racc. pag. I-10653, punto 46).

C — *Sulla terza parte del primo motivo*

1. Argomenti delle parti

93. Dopo aver affermato che il ragionamento seguito dal Tribunale nella sentenza impugnata è infondato, in quanto non spiegherebbe perché la decisione impugnata sarebbe erronea, la Commissione sostiene che l'argomentazione del Tribunale non si fonderebbe né sulle censure dedotte né sulla decisione impugnata. A suo parere, l'esame del Tribunale sarebbe viziato da un errore di metodo, in quanto il Tribunale avrebbe basato il suo ragionamento su un'affermazione formulata dall'agente della Commissione in udienza. L'inizio del punto 79 della sentenza impugnata, in cui compare la parola «pertanto», dimostrerebbe che il Tribunale attribuisce un'importanza determinante a tale affermazione.

94. La Commissione, sostenuta dal BIEK e dall'UPS, rileva poi, da un lato, che il Tribunale sarebbe giunto a conclusioni contrastanti con gli atti. Secondo la Commissione, «contrariamente a quanto affermato dal Tribunale al punto 82 della sentenza impugnata, la decisione rileva chiaramente che "le informazioni che le aveva fornito la Repubblica federale di Germania, secondo cui il settore dei pacchi a domicilio costituiva un [servizio di interesse economico generale], erano prive di fondamento"». Orbene, la Commissione sottolinea di aver dichiarato, al punto 76 della decisione impugnata, che i servizi di ritiro

e consegna dei pacchi a domicilio non erano oggetto dell'obbligo di trasporto né, quindi, della missione di servizio pubblico.

95. Dall'altro lato, secondo la Commissione, il ragionamento seguito dal Tribunale nella seconda parte del punto 82 della sentenza impugnata sarebbe errato, laddove esso dichiara che la Commissione avrebbe ammesso, quanto meno implicitamente, che la Deutsche Post AG aveva parimenti registrato, a parte i costi aggiuntivi netti generati dalla sua politica di vendita sottocosto, costi aggiuntivi netti connessi allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale.

2. Valutazione

96. Per quanto riguarda l'affermazione preliminare della Commissione, secondo cui il Tribunale avrebbe attribuito, al punto 78 *in fine* della sentenza impugnata, un'importanza determinante alla posizione sostenuta in udienza da un agente della Commissione, è sufficiente rilevare che tale posizione viene presa in considerazione dal Tribunale come conferma della motivazione della decisione impugnata, esposta all'inizio di questo stesso punto della sentenza impugnata. In ogni caso, la Commissione non ha sostenuto che tale affermazione fosse errata.

97. Con la terza parte del primo motivo, la Commissione contesta al Tribunale, in particolare, di aver travisato elementi del fascicolo nell'ambito del ricorso di annullamento, il che costituisce una questione di diritto soggetta, in quanto tale, al controllo della Corte. Occorre quindi esaminarla.

98. In primo luogo, per potersi pronunciare sulla questione se il Tribunale abbia travisato dati figuranti nel fascicolo, si deve confrontare il testo del punto 82 della sentenza impugnata con quello del passaggio pertinente della decisione impugnata.

99. Anzitutto, risulta dagli atti che il settore dei pacchi a domicilio constava di due parti, vale a dire il segmento della clientela professionale, che smista a monte o deposita un quantitativo minimo di pacchi, e quello della VPC.

100. Al punto 76 della decisione impugnata la Commissione spiega che l'art. 2, n. 2, punto 3, del regolamento sulle prestazioni obbligatorie del servizio postale (Postdienst-Pflichtleistungsverordnung) esclude dall'obbligo generale di trasporto i piccoli pacchi per i quali

siano state concordate condizioni speciali nell'ambito di contratti particolari con clienti che effettuano operazioni di pretrattamento o concludono contratti di cooperazione [49].

101. Ammesso pure che la Commissione constati in tal modo l'esclusione dall'ambito di un servizio di interesse economico generale di talune prestazioni rientranti nella prima parte del settore dei pacchi a domicilio, ritengo che il Tribunale si limiti a rilevare, nella prima parte del punto 82 della sentenza impugnata, che la Commissione non ha formulato critiche riguardo alle informazioni fornite dal governo tedesco [50].

102. Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il Tribunale non ha assolutamente travisato la posizione espressa dalla Commissione nella decisione impugnata.

103. In secondo luogo, per quanto riguarda la seconda parte del punto 82 della sentenza impugnata, la formula impiegata dal Tribunale può certo apparire imprecisa.

104. Tuttavia, risulta chiaramente dal ragionamento del Tribunale che la dichiarazione criticata si ricollega al punto 73 della decisione impugnata [51], in cui la Commissione aveva rilevato che la Deutsche Post AG sopportava costi aggiuntivi netti di cui una parte minima non era dovuta all'assolvimento di obblighi di un servizio di interesse economico generale.

105. Di conseguenza, il Tribunale poteva dedurne che la Commissione non ha escluso il fatto che la Deutsche Post AG sopportasse costi aggiuntivi netti dovuti allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di respingere in quanto infondata anche questa parte del primo motivo.

49 — Punto 76: «Secondo le autorità tedesche, l'art. 2, n. 2, punto 3, della PPfLV esclude dall'obbligo generale di trasporto i pacchi di dimensioni ridotte per i quali, nel quadro di particolari accordi con determinati clienti – per esempio, quelli che effettuano operazioni di pretrattamento (Selbstbucher) o che concludono contratti di cooperazione (Kooperationspartner) –, siano state concordate condizioni speciali. Secondo le argomentazioni ufficiali, questi clienti commerciali possono essere esclusi dall'obbligo di trasporto, giacché la concorrenza che si sviluppa nel settore rende tale obbligo superfluo».

50 — Punto 82: «Occorre pertanto osservare che, come la Commissione ha peraltro confermato nei suoi scritti, da una parte, essa non ha rilevato nella decisione [impugnata] che le informazioni che le aveva fornito la Repubblica federale di Germania, secondo cui il settore dei pacchi a domicilio costituiva un [servizio di interesse economico generale], erano prive di fondamento e, d'altra parte, essa ha riconosciuto, quantomeno implicitamente, che la [Deutsche Post AG] aveva parimenti registrato, a parte i costi aggiuntivi netti generati dalla sua politica di vendita sottocosto, costi aggiuntivi netti connessi, invece, allo svolgimento di un [servizio di interesse economico generale] (...)».

51 — Citato al punto 81 della sentenza impugnata.

V — Sul secondo motivo dedotto dalla Commissione

1. Argomenti delle parti

106. Con tale motivo la Commissione, sostenuta dal BIEK e dall'UPS, censura al Tribunale, in sostanza, di essersi sostituito ad essa effettuando al suo posto un esame che la stessa Commissione non ha mai effettuato. A suo parere, ai punti 97-109 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe analizzato informazioni che non erano state oggetto di alcun esame nella decisione impugnata e la cui esattezza non era confermata.

107. La Commissione, sostenuta al riguardo in particolare dal BIEK, contesta al Tribunale di aver confrontato i risultati contabili con i pagamenti compensativi pubblici e le retrocessioni. Il Tribunale ne avrebbe dedotto che i prezzi predatori non avevano potuto essere finanziati con risorse pubbliche, dato che le compensazioni finanziarie di DEM 11 081 milioni sarebbero inferiori alla somma delle perdite contabili, pari a DEM 4 945 milioni, e delle retrocessioni, pari a DEM 10 104 milioni.

108. Secondo la Commissione, tale argomentazione sarebbe errata per vari motivi.

109. Anzitutto, secondo la ricorrente, il Tribunale non avrebbe dimostrato che la Deutsche Post AG sarebbe riuscita a sopravvivere finanziariamente senza compensazione finanziaria. Orbene, per poter considerare che la Deutsche Post AG è stata in grado di finanziare i costi dei prezzi predatori con risorse proprie, senza apporto di fondi pubblici, tale prova sarebbe stata indispensabile.

110. Secondariamente, l'analisi di contabilità economica effettuata dal Tribunale non consentirebbe di rispondere a tale questione. Infatti, secondo la Commissione, per stabilire in qual modo siano stati finanziati i prezzi predatori occorrerebbe esaminare anzitutto il livello delle disponibilità. La questione non è, quindi, se i pagamenti compensativi fossero superiori o inferiori alle perdite contabili, ma se i pagamenti compensativi abbiano fornito alla Deutsche Post AG liquidità sufficienti per disporre di un flusso di cassa che le consentisse di finanziare la sua sleale politica dei prezzi.

111. Inoltre, avendo indicato che l'analisi del flusso di cassa doveva essere estesa oltre il 1995, la Commissione fa valere che il Tribunale sembra aver aggiunto le retrocessioni ai costi, il che aumenterebbe le perdite contabili. Orbene, le retrocessioni non potrebbero, a suo parere, essere considerate costi ordinari,

in quanto svolgerebbero una duplice funzione sostituendo imposte e dividendi [52].

112. Infine, la Commissione rileva la necessità di attualizzare gli introiti e le spese sulla base dello stesso esercizio per poter confrontare prodotti o flussi di cassa su più anni.

2. Valutazione

113. Con il secondo motivo, che alla luce del suo oggetto dev'essere considerato un motivo distinto, la Commissione critica la motivazione sviluppata dal Tribunale ad abundantiam, nella parte in cui esso ha esaminato la questione se i trasferimenti operati dalla DB-Telekom avrebbero consentito alla Deutsche Post AG, tenuto conto delle perdite da essa registrate dal 1990 al 1995, di coprire i presunti costi aggiuntivi netti generati dalla sua politica di vendita sottocosto tra il 1994 e il 1999.

114. A tal riguardo rammento che il motivo diretto contro una motivazione sovrabbondante dev'essere considerato inoperante, in quanto non può comportare l'annullamento della sentenza [53]. Devono essere parimenti respinti i motivi diretti a rimettere in discussione una motivazione supplementare, che non rappresenta il fondamento necessario della decisione [54].

115. Tuttavia, qualora la Corte ritenesse che non sia esente da dubbi che tale elemento della motivazione del Tribunale abbia carattere sovrabbondante, nonostante l'affermazione in tal senso di cui al punto 97 della sentenza impugnata, propongo di seguire un ragionamento alternativo.

116. Nella specie il Tribunale ha oltrepassato i limiti del controllo della decisione impugnata, utilizzando dati di ordine economico figuranti nel fascicolo al fine di presentare il proprio calcolo.

117. Ritengo che questo tipo di esercizio non rientri, in linea di principio, tra i compiti del giudice dell'Unione nell'ambito del contenzioso di legittimità. Mi sembra che ciò determini un rischio particolarmente grave che il Tribunale sostituisca la propria valutazione a quella della Commissione e,

52 — Rilevo, a tale proposito, che nel caso in esame la Commissione si è basata sull'asserita esistenza di un deficit costante nel periodo di riferimento. Orbene, di regola, le imposte esigibili e i dividendi vengono pagati con gli utili dell'esercizio corrente.

53 — Sentenze 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione (Racc. pag. I-5425, punto 148), e 13 settembre 2007, causa C-443/05 P, Common Market Fertilizers/Commissione (Racc. pag. I-7209, punto 137). V. anche, per quanto riguarda la sufficienza di uno dei motivi per giustificare il dispositivo della sentenza impugnata, sentenza 28 ottobre 2004, causa C-164/01 P, van den Berg/Consiglio e Commissione (Racc. pag. I-10225, punto 60), nonché ordinanze 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, Unilever Bestfoods/Commissione (Racc. pag. I-9091, punto 148), e 13 marzo 2007, causa C-150/06 P, Arizona Chemical e a./Commissione (punto 47).

54 — Sentenza 2 giugno 1994, causa C-326/91 P, de Compte/Parlamento (Racc. pag. I-2091, punti 107 e 123).

correlativamente, ne violi illegittimamente il margine di discrezionalità [55].

118. Di conseguenza, si deve rilevare che, procedendo ai punti 103-108 della sentenza impugnata all'analisi dei dati finanziari relativi all'idoneità dei trasferimenti operati dalla DB-Telekom a coprire i costi aggiuntivi generati dalla politica di vendita sottocosto condotta dalla Deutsche Post AG tra il 1994 e il 1999, il Tribunale è incorso in un errore di diritto consistente nel sostituire la propria valutazione a quella della Commissione.

119. Nondimeno, reputo che la motivazione risultante dal punto 97 della sentenza impugnata costituisca un fondamento giuridico autonomo e determinante sul quale si fonda, legittimamente, l'annullamento della decisione impugnata.

120. Pertanto, anche se il secondo motivo fosse fondato, esso non potrebbe condurre a rimettere in discussione la sentenza impugnata dove annulla la decisione impugnata, dato che tale annullamento si fonda sull'analisi secondo cui la Commissione non ha dimostrato sufficientemente che i trasferimenti operati dalla DB-Telekom avessero conferito un vantaggio, ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, alla Deutsche Post AG [56].

VI — I motivi addotti dalle altre parti del procedimento

A — *Le memorie delle parti intervenute a sostegno della Commissione*

121. Al di là del loro sostegno, sia il BIEK che l'UPS sviluppano un argomento proprio, ancorché coincidente in gran parte con i motivi sviluppati dalla Commissione.

122. Tale argomento verte essenzialmente sull'asserita violazione da parte del Tribunale dei principi derivanti dalla giurisprudenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, in quanto esso avrebbe omesso di rilevare che non sussisteva nessuna delle condizioni stabilite da detta sentenza per poter sottrarre le compensazioni percepite per la

55 — V., a tal riguardo, paragrafi 89 e 90 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Kokott il 17 settembre 2009 nella causa C-441/07 P, Commissione/Alrosa (pendente dinanzi alla Corte).

56 — V., in tal senso, sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. (punto 89).

fornitura di un servizio di interesse economico generale alle norme in materia di aiuti di Stato. Il BIEK censura al Tribunale di avere violato altresì le condizioni stabilite nella citata sentenza BUPA e a./Commissione.

B — *Valutazione*

123. Più in particolare, il BIEK sostiene che il Tribunale avrebbe violato le norme che disciplinano l'onere della prova allorché, al punto 86 della sentenza impugnata, contesta alla Commissione di non essersi assicurata che l'importo dei trasferimenti operati non eccedesse i costi aggiuntivi netti connessi alla prestazione di un servizio di interesse economico generale.

125. Anzitutto, per quanto riguarda l'asserita violazione della giurisprudenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, rilevo che, ai punti 68-74 della sentenza impugnata, il Tribunale ha correttamente ricordato la giurisprudenza applicabile quanto alla definizione della nozione di aiuto di Stato, prima, e al problema della compensazione diretta a finanziare obblighi di servizio pubblico, poi. Esso ha richiamato in particolare le condizioni definite nella sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg.

124. Da parte sua, l'UPS fa valere che il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto in quanto avrebbe ritenuto che il sostegno fornito alla Deutsche Post AG costituisse una «compensazione» per un servizio di interesse economico generale (punto 73 della sentenza impugnata), senza tuttavia verificare se le sue prestazioni di servizi fossero effettivamente prestazioni di servizio di interesse economico generale. L'UPS rileva inoltre che il Tribunale avrebbe omesso di applicare le condizioni della sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg allorché ha concluso che la Commissione non aveva adeguatamente dimostrato che i trasferimenti operati dalla DB-Telekom avessero conferito un vantaggio alla Deutsche Post AG (punto 88 della sentenza impugnata).

126. Tuttavia, si deve rilevare che l'analisi del Tribunale verte sulla legittimità della decisione impugnata.

127. Infatti, il Tribunale ha ricordato, al punto 94 della sentenza impugnata, che la Commissione si era limitata a rilevare, nella detta decisione, che i costi aggiuntivi netti generati dalla politica di vendita sottocosto della

Deutsche Post AG non potevano essere oggetto di compensazione. Per contro, essa non ha né verificato né dimostrato che la Deutsche Post AG non avesse registrato altri costi aggiuntivi netti, connessi con lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale, per i quali potesse legittimamente pretendere, alle condizioni previste dalla sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, una compensazione con la totalità dei trasferimenti operati dalla DB-Telekom..

128. Di conseguenza, il Tribunale ha giustamente dichiarato, al punto 95 della sentenza impugnata, che, nella misura in cui la Commissione non aveva svolto alcun esame o valutazione al riguardo, non spettava al giudice dell'Unione sostituirsi alla Commissione procedendo in sua vece ad un esame che essa non ha mai effettuato e valutando le conclusioni cui essa sarebbe dovuta pervenire al termine di tale esame.

129. Infine, per quanto riguarda il problema della violazione delle norme che disciplinano l'onere della prova e la mancata determinazione, da parte del Tribunale, della natura delle prestazioni di servizi effettuate dalla Deutsche Post AG, tali motivi si confondono con la seconda e la terza parte del primo motivo della Commissione. Pertanto non vi è luogo a riesaminarli.

VII — Osservazioni finali

130. A mio parere, l'applicazione del criterio della compensazione nell'ambito del finanziamento di un servizio pubblico di interesse generale, quale adottato dalla giurisprudenza della Corte, esclude qualsiasi metodo secondo cui non vi è luogo a procedere ad un calcolo che consenta di individuare i costi del servizio e di confrontarli con gli importi versati a titolo di compensazione. Tuttavia, qualora la Corte optasse per l'una o l'altra variante del criterio detto «aiuto di Stato», non si potrebbe escludere che l'aiuto in questione sia considerato incompatibile con il mercato interno, tenuto conto del comportamento anticoncorrenziale dell'impresa beneficiaria. Ad ogni buon conto, ritengo che l'approccio di tipo compensativo sia già ben consolidato in giurisprudenza e, in seguito alla sentenza Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, più giustificato rispetto a tali alternative.

131. Tenuto conto di quanto precede, propongo alla Corte di respingere sia l'impugnazione della Commissione sia l'impugnazione incidentale nel suo complesso e di condannare la Commissione alle spese.

VIII — Conclusione

132. In conclusione, propongo alla Corte quanto segue:

— respingere sia l'impugnazione della Commissione europea sia l'impugnazione incidentale nel suo complesso;

— condannare la Commissione europea alle spese.